

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

49

2020

**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); RICHARD
HYLAND (Camden); LUCIEN JAUME (Paris);
LUIGI LACCHÈ (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

49

(2020)

ISBN 9788828824022

ISSN 0392-1867

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

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2020
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

Il nostro modo di interrogare il passato e di presagire il futuro muove da un presente che è tanto più incombente quanto più siamo convinti di vivere un momento straordinario, eccezionale, unico. La crisi pandemica di questi primi mesi del 2020 ha acuitizzato la percezione della straordinarietà di un tempo presente posto a pressare il passato e a incalzare il futuro, a dividere tra «il mondo di prima» e ‘un dopo’ in cui «nulla sarà più come prima». A un estremo, il futuro è pensato come fine dell’eccezione e come naturale ritorno a una normalità rigenerata; all’altro, è assorbito nell’eccezione che diviene normalità, nuovo paradigma di governo degli uomini e delle cose partorito nel laboratorio dell’emergenza sanitaria. Ponendosi come lente che rende visibili trasformazioni, evoluzioni, crisi, verità sepolte, la straordinarietà del presente coinvolge il passato, lo ridisegna, lo contamina, lo impone come storia che si invera o che è travolta dal manifesto destino iscritto nel presente.

Tutti i saggi di questo *Quaderno* sono stati scritti ‘prima’ dell’emergenza sanitaria; è probabile però che il ritardo nella stampa non sia l’unico nesso che si possa fissare tra queste pagine e la straordinarietà del tempo presente. Tranquillizzo subito il lettore. Nessuno dei saggi qui racchiusi racconta, né tantomeno presagisce, la pandemia, tutti si interrogano tuttavia — come sempre accade nei *Quaderni* — sui complicati nessi tra passato e presente intesendo un fitto dialogo tra storia e diritto e tentando di offrire al giurista consapevolezze critiche forse non del tutto inutili anche in tempi di pandemia. Fra i disparati temi affrontati non mi pare si possa rintracciare un unico filo conduttore, eppure per una fortuita e felice convergenza più saggi propongono riflessioni sul pro-

blema del 'fare storia' e sul peso (sull'uso e l'abuso) della tradizione nel discorso giuridico.

Pietro Costa si interroga sul mestiere dello storico e sulla (mai sopita) tensione a un discorso che 'dia corpo alla verità' superando la distanza fra l'interprete e il suo oggetto. Dopo l'abbandono dell'ingenua fiducia del positivismo ottocentesco nella possibilità di cogliere fedelmente la realtà, dopo il *linguistic turn* e la valorizzazione del soggetto, riesce la storiografia a dire 'come sono veramente andate le cose'? Può lo storico rinunciare a 'dire la verità'? La conoscenza storica della realtà è 'una scommessa', è accostamento a una verità che muta e si rifrange a seconda dell'ambito di esperienza che si intende ricostruire, a seconda della pressione degli interrogativi rivolti dal presente a testimoni e documenti del passato. La consapevolezza che il tessuto discorsivo « agisce come un filtro che moltiplica i colori e spezza e ricomponne le linee » non cancella la tensione dello storico a tentare di attingere verità dal pozzo delle fonti, ad affrontare il dilemma di appurare 'come sono andate veramente le cose'. Un dilemma che l'ambigua immagine della « verità collocata nel fondo di un pozzo » tratteggiata in una pagina di Leonardo Sciascia coglie appieno: « lei guarda in un pozzo e vede il sole o la luna; ma se si butta giù non c'è più né sole né luna, c'è la verità »: forse basta 'buttarsi giù' per cogliere 'la verità come corpo' e non come semplice riflesso, forse però la presa 'reale' è impossibile e in fondo al pozzo si apprezza soltanto la certezza dell'impossibile presa oggettiva della 'cosa'.

L'incontro-scontro fra tradizione, modernità e pensiero politico è al centro del dialogo tra Ivan Cardillo, giovane studioso italiano che vive in Cina, e Yu Ronggen, ottuagenario giurista confuciano. Tradizione e modernità si confrontano e si integrano, modificano il mero trapianto di modelli giuridici, plasmano e definiscono una nuova identità culturale. 'Rinascita', 'rinnovazione', 'rinnovato splendore' della cultura giuridica cinese passano attraverso il confronto e la rilettura del passato, attraverso il sempre pressante e attuale interrogativo riguardo a « come ereditare la cultura giuridica della tradizione ».

Il peso della tradizione culturale gioca un ruolo determinante nelle ricostruzioni offerte da molti saggi. Si veda, ad esempio, nello

studio di Héctor Domínguez Benito sull'*uti possidetis iuris*, sulle 'dispute di confine' negli United States of Colombia; in quello di Ricardo Sontag sui livelli di legalità penale nell'Ottocento brasiliano; o ancora nel denso saggio di Carlos Petit sulle «Españolas gaditanas». È la tradizione stessa, il suo uso nel discorso dei giuristi, ad essere invece oggetto di specifica analisi nei saggi di Irene Stolzi, Riccardo Ferrante e Alberto Spinosa.

Stolzi si interroga sulla tradizione negli anni del fascismo (che spazio ha nel 'secolo nuovo', in un presente 'accentratore', rappresentato dai giuristi fascisti come radicale rottura con il passato e al tempo stesso come fatale sbocco della storia europea? Come distinguere tradizione e storia?), analizza il reticolo di strategie discorsive, l'uso delle distinzioni tra la (ideologica) oggettività della storia e gli assunti, ora positivi ora negativi, riferiti alla tradizione; una retorica questa che calibrando novità e persistenze modella il passato e struttura i discorsi del futuro.

L'intricato nodo dell'interpretazione delle «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri dell'Unione europea è al centro dell'analisi di Riccardo Ferrante indirizzata in particolare a verificare l'uso della tradizione nel sistema giurisdizionale, nel diritto giurisprudenziale. L'individuazione di «'tradizioni' in concreto» passa attraverso un fitto confronto «con la storia come dato e come metodo»; un confronto capace di trasformare le tradizioni in «sintesi progressiva», di renderle «idea virtuosa di storia» posta al servizio del futuro. È tuttavia la stessa dinamica dei rapporti tra i poteri, è lo stesso continuo movimento delle istituzioni e dei saperi (delle diverse verità dei saperi) a selezionare modificare cancellare creare 'le tradizioni', rendendole storia. Se così è, però, c'è da chiedersi — e l'interrogativo non è retorico — se la «lettura 'professionale' dell'evoluzione giuridica più recente» possa davvero far sì che (non solo il dibattito scientifico ma anche) il dibattito pubblico si conservi 'a una giusta altezza'. Il riferimento 'per tutti' alle verità ottenute grazie all'uso di «un serio metodo storico-giuridico» non rischia di proporre semplicemente un utopico sogno della ragione?

Vera o falsa che sia, la tradizione 'che si fa storia' svolge un ruolo sempre rilevante nella dimensione giuridica. Ce ne fornisce

un esempio Alberto Spinosa, seguendo la parabola della dicotomia tra diritto comune e diritto singolare, tra regola ed eccezione fra Otto e Novecento. Il richiamo alla «vera tradizione» sostiene la regola generale dei rapporti giuridici (il diritto comune, lo strato profondo di giuridicità da opporre allo strato superficiale, allo *ius speciale* legato ‘soltanto’ alla volontà del legislatore), legittima la supremazia costituzionale del Codice civile (e la lenta, la ‘vera’, trasformazione del diritto affidata ai giuristi), offre uno strumento di controllo delle scelte e della discrezionalità della politica. Uno schema dicotomico questo che continuerà a conservare una sua operatività nelle ricostruzioni dei giuristi anche quando nel primo Novecento apparirà sempre più difficile presentare la tradizionale lettura dello *ius commune* come la sede del ‘vero diritto’: Carnelutti che in un saggio del 1904 «invita a disfarsi completamente della dicotomia» («La regola che oggi appare inattaccabile, si apre domani ad una breve eccezione; e la breve eccezione si allarga, e poi a poco a poco i termini si invertono») qualche anno dopo oppone all’anomala conflittualità collettiva l’intangibile tradizione del diritto privato individualistico.

*

Il *Quaderno* dello scorso anno si apriva con un saggio di António Manuel Hespanha; da quel contributo traeva spunto la Pagina introduttiva cui, all’inizio di luglio, quando la rivista era in seconde bozze, aggiungemmo un rigo per manifestare il dolore per la perdita dello studioso e dell’amico, assumendo il tacito impegno di commemorarne presto la figura umana e scientifica. A ricordare oggi Hespanha, lo Studioso, il Collega, il Maestro, l’Amico, sono Cristina Nogueira Da Silva, Paolo Cappellini, Bartolomé Clavero, Ricardo Marcelo Fonseca, Tamar Herzog, Marta Lorente.

Hespanha, come scrive Cristina Nogueira, era storico inquieto, proteso a ‘fare e disfare la storia’, a ricordarci che la storia già fatta sarà ricostruita, che le nuove indagini saranno rielaborate all’infinito. L’inquietudine di António racchiudeva impegno civico, tensione a una conoscenza storica intesa come trasmissione di consapevolezza critiche e di educazione al rischio della libertà: «Edu-

car é treinar para a liberdade, para o risco, para a reflexão e para a crítica. É ensinar que a realidade é muito complexa e muito incerta; que não há muletas nem redomas que nos poupem a ter que arriscar sem garantias, a ter que decidir sem verdades pré-estabelecidas, a ter que viver sem exemplos. É treinar serenamente para a dramática experiência da liberdade».

Modelli e dimensioni

PIETRO COSTA

‘DIRE LA VERITÀ’:
UNA MISSIONE IMPOSSIBILE PER LA STORIOGRAFIA?

1. Cenni introduttivi. — 2. La verità come programma: «bloß zeigen, wie es eigentlich gewesen». — 3. La verità come problema: la storiografia fra *linguistic turn* e ‘narratività’. — 4. La verità dei fatti e la verità dei testi. — 5. La verità del giudice e la verità dello storico: differenze e analogie.

1. *Cenni introduttivi.*

Che cosa ci proponiamo di conoscere quando ci accingiamo a ‘narrare la storia’ di qualcosa? Questa domanda può sembrare pretestuosa. Da almeno due secoli, infatti, lo storicismo è l’orizzonte entro il quale si svolge la nostra formazione culturale. È vero che la dimensione della storicità è ormai meno rilevante per le giovani generazioni di quanto non lo sia stata per le generazioni precedenti; e che in ogni caso, come ci ricorda Dipesh Chakrabarty, l’abitudine a guardare il mondo nella prospettiva del movimento e della scansione temporale è una caratteristica peculiare della civiltà occidentale, sostanzialmente ignota ad altre culture⁽¹⁾. Ciò non toglie comunque che il senso della diacronia e l’attenzione al ‘prima’ e al ‘dopo’ di un determinato fenomeno ci siano ancora familiari; e dovrebbe essere quindi relativamente semplice capire in che modo la storiografia presenti i propri oggetti.

In realtà, le cose sono più complicate di quanto appaiano ed è facile accorgersi che stili di pensiero che ci sembrano ovvi e scontati sono in realtà costellati di incertezze, aporie e domande irrisolte.

(1) D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 8.

Difficilmente uno storico può sottrarsi ad alcune domande ‘perturbanti’: quale forma di conoscenza possiamo attenderci dalla ricerca storiografica? Quale rapporto essa intrattiene con la realtà che viene illustrando? Possiamo chiedere alla storiografia la ‘verità’ sul passato oppure questa pretesa è il frutto di una ormai tramontata illusione?

A queste domande ‘radicali’ non potrò dare, come è ovvio, risposte esaurienti, ma nemmeno un’impostazione sufficientemente articolata e sofisticata. Il mio intervento vuol essere soltanto una riflessione interna al ‘mestiere dello storico’: un tentativo di ‘guardarsi allo specchio’ e di comunicare qualcosa delle immagini, non sempre consolatorie, in esso riflesse.

2. *La verità come programma: «bloß zeigen, wie es eigentlich gewesen».*

Di che cosa si occupano gli storici? Quale è l’oggetto del loro sapere? Che cosa si propongono di farci conoscere? Potremmo rispondere, con baldanzosa semplicità, che gli storici vogliono dire la verità: vogliono raccontarci che cosa è ‘veramente’ successo in un determinato tempo e luogo. Gli storici sembrano muoversi in una prospettiva *naturaliter* realista, se i realisti sono, come scrive Diego Marconi, «persone che pensano che c’è un mondo in cui le cose stanno indipendentemente dal fatto che qualcuno sappia o possa sapere che stanno così»⁽²⁾. «Napoleone è morto nell’isola di S. Elena»: uno storico intende comunicarci questa informazione come ‘vera’; vera in quanto riferibile a un evento accaduto in un luogo e in un tempo specifici; così come egli dirà, per motivi eguali e contrari, che è falso affermare che «Napoleone è morto all’isola d’Elba».

Possiamo dire che l’enunciato «Napoleone è morto nell’isola di S. Elena» è essenzialmente diverso dall’enunciato «Trump è il presidente degli Stati Uniti d’America»? Direi di no. Entrambe le affermazioni intendono ‘dire la verità’ in quanto intendono informarci come certe cose stanno nel mondo. Un elemento differenziale tuttavia può essere facilmente ravvisato: l’elemento della tem-

⁽²⁾ D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, Einaudi, 2007, p. 3.

poralità. Parlare al presente o parlare al passato: la storiografia parla al passato, guarda all'indietro nel tempo. Non importa che il passato sia remoto o prossimo, contiguo al nostro tempo o lontanissimo da esso: è comunque nell'orizzonte del passato che la storiografia è iscritta.

La dimensione della temporalità è un elemento che incide a fondo sul mestiere dello storico: potremmo dire che lo costituisce facendo dello storico uno 'specialista del passato' e proprio per questo incrementa la problematicità del rapporto con quel reale che pure lo storico ambisce a cogliere e a descrivere. Resta al fondo la ricorrente vocazione 'realista' della storiografia e tuttavia la crescente consapevolezza delle difficoltà che si frappongono fra l'oggetto e la conoscenza dell'oggetto provoca, come vedremo, non pochi dubbi sulla definizione stessa dell'oggetto della storiografia. Una di queste difficoltà è creata, o almeno rafforzata, dalla frattura temporale che dobbiamo assumere come costitutiva di quel sapere specialistico che chiamiamo storiografia: che ambisce, sì, a conoscere il reale, ma deve fare i conti con una realtà — con eventi, persone, esperienze — che è stata, ma non è più. Una delle grandi scommesse della storiografia è riuscire a trasformare le ombre in corpi, i fantasmi in realtà: descrivere una 'cosa che non c'è' senza rinunciare a dar conto del suo spessore ontologico.

Un'associazione a questo punto obbligata, e infatti ricorrente nella letteratura recente e meno recente, è l'associazione della storiografia con l'esercizio della memoria, individuale e collettiva⁽³⁾. Quando ricordiamo, riportiamo al nostro presente momenti ed episodi scomparsi: non possiamo più avere un'esperienza diretta, un'interazione immediata con una persona, con una vicenda, con un evento e li ritroviamo, li riconduciamo a noi, ricordandoli. E ricordare non è certo un'attività gratuita e oziosa: è un momento costitutivo della nostra identità, come già Locke aveva inteso. Pos-

(3) Sul nesso fra identità, memoria e storia cfr., da diversi punti di vista, D. LOEWENTHAL, *The past is a foreign country*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985; A. ASSMANN, *Ricordare: forme e mutamenti della memoria culturale*, Bologna, il Mulino, 2002; P. RICŒUR, *La memoria, la storia, l'oblio*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2003; P. CONNERTON, *Come la modernità dimentica*, Torino, Einaudi, 2010.

siamo dire 'io' in quanto ci raccontiamo, in quanto colleghiamo le più diverse esperienze a un'unità di senso che chiamiamo 'io'.

Quando ricordo, le esperienze che racconto a me stesso le ho vissute direttamente: il protagonista della storia e il suo narratore coincidono. Esiste anche una proiezione testuale e letteraria di questo esercizio di memoria: l'autobiografia. Il ricordare dello storico è però strutturato in modo diverso: il narratore della vicenda — lo storico — è diverso dagli attori, dai protagonisti delle vicende narrate. Interviene allora una figura chiave: il testimone. Non ero presente a questa battaglia, non ho assistito a questo episodio: altri erano presenti, come attori o spettatori, come testimoni. È a loro che mi rivolgo come a un indispensabile supporto del mio racconto: non ho veduto ciò che narro, ma altri hanno veduto. È dalla loro testimonianza che il mio discorso dipende.

Fino dalle sue prime, aurorali manifestazioni nella Grecia del V secolo, la storiografia vuol essere un discorso affidabile in quanto collegato a un'esperienza: collegato ad essa in via diretta o indiretta. Se anche racconto ciò che non ho veduto, altri però hanno veduto al posto mio, come attori o spettatori: sono loro che assumo come testimoni. Lo storico racconta attraverso testimonianze; parla per interposta persona sulla base di un assunto implicito o esplicito: che il testimone cui egli si rivolge sia affidabile. La testimonianza deve essere credibile e tale resta almeno fino a prova contraria: finché un diverso attore o spettatore del medesimo evento non presenti un racconto in tutto o in parte difforme. Scatta allora un'inevitabile strategia della diffidenza da parte del narratore: che deve mettere a confronto racconti diversi, vagliarne la credibilità e infine mettere insieme una narrazione verosimile e coerente.

Emerge dunque un tratto caratteristico della storiografia: la distanza fra l'oggetto e lo storico, il carattere indiretto del suo discorso. Lo storico non ha veduto ciò di cui parla, ma c'è qualcuno — il testimone — che lo ha veduto per lui ed è dalla sua viva voce che lo storico raccoglie il messaggio. Il racconto del testimone è, per lo più, un racconto orale: ho visto e te ne offro testimonianza. Perché ciò sia possibile occorre però che la distanza temporale fra lo storico e la vicenda narrata sia esigua, non superiore all'inter-

vallo di una o due generazioni. Non è questa tuttavia la condizione ‘normale’ della storiografia. La possibilità di interrogare direttamente i testimoni vale soltanto per episodi cronologicamente vicini: possiamo (o potevamo fino a poco tempo fa) ascoltare testimonianze sulla Seconda guerra mondiale o su Auschwitz o sulla vita contadina nel secondo dopoguerra, ma non possiamo spingerci più indietro nel tempo.

La storiografia ha bisogno di testimonianze, ma i testimoni scompaiono nel giro di una o due generazioni. Per reggere all’usura del tempo i racconti dei testimoni devono passare attraverso un *medium* particolarmente complesso: la scrittura. È la scrittura che ‘blocca’ la testimonianza, la irrigidisce e la formalizza, ma al contempo la rende tendenzialmente stabile: la sottrae al tempo. Come ci ricorda Aleida Assmann, già nell’antico Egitto la scrittura era celebrata come un mezzo per superare la mortalità della condizione umana ⁽⁴⁾.

Per resistere al tempo, per essere utilizzabili dallo storico, le testimonianze devono trasferirsi in una scrittura, devono assumere la forma del documento. Introduciamo allora un termine fascinoso per ogni storico: l’archivio; l’archivio come il deposito di ogni possibile testimonianza scritta. Se la storiografia può essere presentata come un esercizio di memoria o di rammemorazione, l’archivio è esso stesso una memoria pietrificata, oggettivata: il luogo dove le più varie testimonianze e le più diverse espressioni individuali e collettive, tradotte in documento attraverso la scrittura, sono conservate ⁽⁵⁾.

Potremmo immaginare l’archivio come il contenitore di tutti i documenti venuti ad esistenza in una determinata società ⁽⁶⁾. Ovviamente, nessun archivio concretamente esistente può corrispondere a questa immagine. La conservazione dei documenti varia drasticamente da società a società: per alcune realtà disponiamo di

⁽⁴⁾ ASSMANN, *Ricordare*, cit., p. 202.

⁽⁵⁾ Cfr. L. GIUVA, S. VITALI, I. ZANNI ROSIELLO, *Il potere degli archivi. Usi del passato e difesa dei diritti nella società contemporanea*, Milano, Bruno Mondadori, 2007.

⁽⁶⁾ Cfr. RICEUR, *La memoria, la storia, l’oblio*, cit., p. 234 e ss.

una documentazione lacunosissima, per altre di una documentazione sovrabbondante. Alcuni caratteri generali possono però essere indicati comunque.

In primo luogo, il passaggio dall'oralità alla scrittura produce comunque una drastica riduzione delle informazioni: ciò che si conserva attraverso la scrittura è soltanto la punta dell'iceberg; la realtà è scomparsa e le testimonianze, quale che sia la dimensione quantitativa dell'archivio, ce ne offrono un'immagine frammentaria. In secondo luogo, la selezione dei documenti, la decisione su ciò che merita di essere conservato, è, in parte, casuale, e, in parte, guidata dalle decisioni, variamente motivate, dell'uno o dell'altro gruppo organizzato. Gli archivi, proprio perché espressione di una società, vengono ad esistenza in quanto sollecitati e plasmati dagli interessi, dai poteri, dalle istituzioni esistenti in quella società. In terzo luogo, quale che siano i motivi che hanno presieduto alla creazione e alla conservazione dell'archivio, i documenti in esso contenuti sono testi della più diversa specie, venuti ad esistenza non per testimoniare alcunché, ma per soddisfare i più vari bisogni comunicativi e pratici.

La storiografia dunque — abbiamo detto — presenta due tratti caratteristici: in primo luogo, presuppone un distacco temporale, guarda al passato; vuole raccontarci la verità, vuol dirci qualcosa dello stato del mondo, ma sa che il mondo cui essa si riferisce è stato, ma non è più; in secondo luogo, e di conseguenza, essa è costretta a parlarci di qualcosa con cui non può intrattenere un rapporto diretto. Lo storico parla attraverso le parole di altri: attraverso le testimonianze di attori o spettatori che però non possono essere interrogati direttamente perché anch'essi scomparsi. Lo storico parla di realtà lontane servendosi di documenti fortunatamente sopravvissuti alla scomparsa dei loro redattori.

Lo storico tenta dunque di conoscere una realtà sottratta a una qualsiasi inchiesta 'diretta' e a questo scopo interroga i testimoni: ascolta la loro viva voce o, in loro assenza, legge le testimonianze scritte, i documenti. Come posso affermare che Napoleone è morto a S. Elena? Devo chiederlo ai testimoni; devo raccogliere il maggior numero possibile di documenti che si occupino, per qualche motivo, di Napoleone e mi informino sul suo decesso. Se

le testimonianze appaiono attendibili e concordi, posso dare per 'provata' la morte di Napoleone nell'isola di S. Elena.

Da un lato, dunque, la narrazione di come sono andate le cose; dall'altro lato, le prove che le cose sono andate effettivamente così. Già gli antichi erano consapevoli di questa duplice caratteristica del discorso storiografico. Aristotele nella sua *Poetica* scriveva: « compito del poeta è di dire non le cose accadute ma quelle che potrebbero accadere e le possibili secondo verosimiglianza e necessità. Ed infatti lo storico e il poeta non differiscono per il fatto di dire l'uno in prosa e l'altro in versi (giacché l'opera di Erodoto, se fosse posta in versi, non per questo sarebbe meno storia, in versi, di quanto non lo sia senza versi), ma differiscono in questo, che l'uno dice le cose accadute e l'altro quelle che potrebbero accadere. E perciò la poesia è cosa più nobile e più filosofica della storia, perché la poesia tratta piuttosto dell'universale, mentre la storia del particolare »⁽⁷⁾.

La storiografia ricostruisce eventi specifici ed effettivamente accaduti e di essa fornisce prove attraverso documenti. Come ci ricorda Paolo Desideri, è questo il metodo di Tucidide, che usa il termine *tekmèrion* per indicare la prova, l'indizio a conferma del fatto narrato; ed è questo il metodo di Livio, che, parlando della fase più antica della storia di Roma, si cautela dicendo che è costretto a parlare di fatti incerti perché troppo lontani nel tempo e supportati da pochi documenti, che sono l'unica « custodia fidelis memoriae rerum gestarum », gli unici affidabili custodi del ricordo delle vicende passate⁽⁸⁾.

Lo storico nell'espone le vicende del passato deve esibire le prove che le cose sono andate proprio così e può farlo soltanto appellandosi ai documenti. I documenti non sono però la voce della verità, la fedele riproduzione degli eventi e delle azioni cui si riferiscono. I documenti possono dire tutto e il contrario di tutto: dire tutta la verità, dire qualcosa di vero e qualcosa di falso oppure es-

(7) ARISTOTELE, *Poetica*, IX, 5 (1451 b 2).

(8) P. DESIDERI, *La prova nella storiografia*, in *Processo alla prova. Modelli e pratiche di verifica dei saperi*, a cura di V. Andò, G. Nicolaci, Roma, Carocci, 2007, pp. 205-218.

sere interamente menzogneri. Non basta raccogliere e leggere i documenti: occorre vagliarli criticamente, guardarli contro luce, trattarli con cautela e con sospetto.

La 'strategia del sospetto', l'avvio di un'analisi critica del documento, trova nel Rinascimento italiano il suo ambiente più propizio. È infatti col Rinascimento che si fa più acuta la consapevolezza del salto temporale (delle differenze storiche, diremmo noi) fra il presente e il passato e appare quindi, al contempo, urgente e delicato il compito di 'dire la verità' sui diversi momenti dell'esperienza umana. Carlo Ginzburg indica nell'umanista Lorenzo Valla e nel suo 'smontaggio' della Donazione di Costantino l'inizio emblematico di un nuovo approccio al documento⁽⁹⁾.

Parte da questa nuova consapevolezza critica la traiettoria della storiografia moderna, dipendente, come ogni ricostruzione del passato, dalle testimonianze, dai documenti, ma al contempo consapevole della necessità di diffidare del documento: il documento è il tramite obbligato con il mondo perduto, è ciò che di esso è sopravvissuto ed è giunto fino a noi, ma non ne è la rappresentazione semplice e immediata. Ha, con quel mondo, rapporti complicati ed estremamente vari che lo storico è chiamato a decifrare. Lo storico è consapevole che il documento può dire soltanto la 'sua' verità, offrendo una testimonianza parziale, interessata, occasionale del mondo che lo storico vuole ricostruire.

Il documento può mentire e deve essere vagliato criticamente, ma, se saputo debitamente interrogare, permette di gettare un ponte fra il presente e il passato e si offre come una via d'accesso a un mondo perduto; perduto, ma non evanescente; scomparso, ma ancora decifrabile nelle sue caratteristiche originarie. Leggere i documenti, interrogarsi sulla loro attendibilità e infine offrire una rappresentazione 'vera' (credibile perché, appunto 'documentata') di uno stato di realtà ormai dissolto: è questo il compito e il vanto che la storiografia ha attribuito a se stessa in un lungo arco di tempo che dal Rinascimento perviene al trionfante storicismo ottocentesco. Dobbiamo a uno dei suoi più illustri esponenti, Leopold

⁽⁹⁾ C. GINZBURG, *Rapporti di forza. Storia, retorica, prova*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 43 e ss.

von Ranke, un'espressione divenuta famosa: compito dello storico, scrive Ranke, è « bloß zeigen, wie es eigentlich gewesen », solo mostrare come sono andate effettivamente le cose⁽¹⁰⁾. E anche la filosofia positivista, sia pure sulla base di presupposti diversi e con diverse aspettative, concorda con lo *Historismus* nel sostenere che dire la verità su stati di realtà ormai scomparsi sia il difficile, ma raggiungibile e qualificante obiettivo della storiografia.

3. *La verità come problema: la storiografia fra linguistic turn e 'narratività'.*

'Dire la verità' su eventi lontani, su stati del mondo ormai scomparsi: la riproposizione di questo antico e sempre confermato obiettivo del discorso storiografico viene a trovarsi di fronte a serie difficoltà nel corso degli anni Sessanta e Settanta del Novecento. In quegli anni non solo la storiografia, ma anche tutte le scienze umane sono percorse dall'esigenza di ripensare a fondo le proprie procedure euristiche. Nella filosofia della scienza come nell'antropologia o nella sociologia è in atto una profonda revisione che conduce ad attribuire al linguaggio un'importanza centrale.

Il filosofo Richard Rorty ha parlato in proposito, con un'espressione felice ormai entrata nell'uso comune, di *linguistic turn*: di una svolta, di una profonda revisione di prospettive e di metodi, legata a una nuova valorizzazione del linguaggio nelle scienze umane⁽¹¹⁾. Sono diverse (o addirittura reciprocamente incompatibili) le tradizioni culturali che si incontrano e si scontrano negli anni Settanta e tuttavia tutte finiscono per portare acqua al medesimo mulino: l'illustrazione della tesi secondo la quale le parole, i discorsi, i testi, se sono il tramite obbligato della nostra comprensione del mondo, al contempo si rivelano non già specchi

⁽¹⁰⁾ L. VON RANKE, *Vorrede zu Geschichten der romanischen und germanischen Völker* (1824), in ID., *Geschichten der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1514. Zur Kritik neuerer Geschichtsschreiber*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885³, pp. V-VIII.

⁽¹¹⁾ *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, R. Rorty (ed.), London, The University of Chicago Press, 1970.

fedeli e univoci della realtà, bensì strumenti complicati e difficili da maneggiare. L'enunciazione di questa tesi, sorretta da argomentazioni volta a volta diverse, ha assunto forme più o meno radicali. Potremmo parlare, seguendo le indicazioni di Rorty⁽¹²⁾, di testualismo debole oppure di testualismo forte, a seconda che venga ammesso un qualche collegamento fra il testo e una realtà 'esterna' oppure venga esclusa la possibilità di 'uscire' dalla deriva infinita dei testi.

Per la storiografia, almeno un testualismo debole, o, se si vuole debolissimo o 'metodologico', è imposto dalla convenzione disciplinare che fa di essa un sapere specializzato nella conoscenza del passato, nella ricostruzione dei mondi perduti, e la costringe quindi a procedere sempre per interposta persona, a parlare attraverso la voce di altri, la voce dei testimoni. Potremmo dire: la storiografia è da sempre consapevole della necessità di passare attraverso i testi (le testimonianze, i documenti) per arrivare al cuore della realtà. Da questo punto di vista, la tempesta 'testualista' potrebbe trovarla già in qualche misura preparata ad affrontarla. A complicare ulteriormente il quadro interviene però un altro profilo problematico: la valorizzazione della 'soggettività' dello scienziato nelle pratiche di ricerca.

Anche nell'ambito del dibattito epistemologico interno alle cosiddette *hard sciences*, non solo le convinzioni del positivismo ottocentesco, ma anche le tesi del neopositivismo dominante nella prima metà del Novecento vengono sottoposte a critiche stringenti. L'idea di un rapporto di corrispondenza (relativamente) semplice fra il discorso e la realtà appare ormai difficilmente sostenibile: lo stesso concetto di 'osservazione' del reale, cui lo scienziato accederebbe mettendo in parentesi i propri 'pre-giudizi', la propria soggettività, il proprio radicamento storico-culturale, entra in crisi. La cosiddetta 'osservazione' appare, anche sul terreno delle scienze naturali, «theory-laden», resa possibile, e condizionata, dalle previe convinzioni teoriche dello scienziato e la rappre-

(12) R. RORTY, *Philosophical papers*, Vol. 1: *Objectivity, Relativism, and Truth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

sentazione scientifica del mondo sembra obbedire più a una logica ‘costruttivistica’ che non a un’esperienza ‘osservazionale’⁽¹³⁾.

La crisi dell’epistemologia neopositivistica sembra trovare un’oggettiva (anche se raramente esplicitata) convergenza con una tradizione culturale del tutto diversa: la tradizione ermeneutica⁽¹⁴⁾. In un contesto segnato dal *linguistic turn*, si diffonde la convinzione che le pratiche di ricerca nell’ambito delle scienze umane — e innanzitutto nell’ambito della storiografia — ruotino intorno al rapporto fra un soggetto interpretante e i testi interpretati. Le conseguenze sull’autocomprensione della storiografia sono rilevanti. Il testo cessa di apparire come uno scrigno che contiene uno e un solo significato univocamente accertabile ed è concepito piuttosto come un complesso tessuto lessicale disponibile a molteplici attribuzioni di senso che richiedono l’intervento attivo e creativo del lettore. Diviene determinante la soggettività dell’interprete: solo facendo ricorso a tutte le risorse della sua personalità egli è in grado di dare significato al testo. Lo storico è un individuo in carne ed ossa, appartenente a una cultura, a una lingua, a una classe sociale, a un gruppo professionale. Ed è *questo* individuo il protagonista e il responsabile dell’operazione storico-ermeneutica.

Protagonismo del soggetto nel ‘dare senso’ al testo interpretato; apertura dei testi a una pluralità indeterminata di significati;

⁽¹³⁾ Cfr. *Realismo/antirealismo: aspetti del dibattito epistemologico contemporaneo*, a cura di A. Pagnini, Scandicci, La Nuova Italia, 1995; D. ZOLO, *Scienza e politica in Otto Neurath. Una prospettiva post-empiristica*, Milano, Feltrinelli, 1986; *Realism/anti-realism and Epistemology*, Ch.B. KULP (ed.), Lanham, Rowman & Littlefield, 1997; V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli, 1999; G. DELANTY, *Social Science. Beyond Constructivism and Realism*, Buckingham, Open University Press, 2000; *The problem of realism*, M. Marsonet (ed.), Aldershot (Hampshire), Ashgate, 2002.

⁽¹⁴⁾ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955; P. RICŒUR, *Le conflit des interprétations; essays d’herméneutique*, Paris, Éditions du Seuil, 1969; D. HOY, *The Critical Circle: Literature, History, and Philosophical Hermeneutics*, Berkeley, University of California Press, 1978; P. RICŒUR, *Du Texte à l’action: essays d’herméneutique*, Paris, Éditions du Seuil, 1986; H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 1986; *Hermeneutics and Modern Philosophy*, B.R. Wachterhauser (ed.), New York, State University of New York Press, 1986; *The Hermeneutic Tradition. From Ast to Ricœur*, G.L. Ormiston, A.D. Schrift (eds.), New York, State University of New York Press, 1990.

ruolo attivo e costruttivo del discorso nella decifrazione dell'esperienza: è facile intendere come in questo clima la convinzione che lo storico fosse in grado di 'dire la verità' sul passato apparisse più problematica e incerta che non in passato. Certo, 'nihil sub sole novi': già fra Otto e Novecento, nello scontro fra il sempre più vivace idealismo e il declinante positivismo, era divenuta una domanda ricorrente il quesito se la storia potesse dirsi, o no, una 'scienza' (15). Ed è proprio il problema dello statuto epistemologico della storiografia che torna a presentarsi, in forma nuova, nel secondo Novecento, a seguito del *linguistic turn*.

Uno degli autori che più ha contribuito nell'ultimo trentennio a porre all'ordine del giorno il problema del rapporto fra le prestazioni cognitive e la forma narrativa della storiografia è stato Hayden White. Lo storico americano, a partire dal suo *Metahistory* del 1974 (16), ha continuato fino a tempi recenti a insistere sul ruolo narrativo della storiografia e sull'importanza prevalente — prevalente sulla stessa registrazione dei dati — della narrazione. Che cosa ci dicono le fonti, le testimonianze documentarie? Ammettiamo pure che esse ci mettano a contatto con una serie di eventi a, b, c, d...n. Sono questi eventi i dati grezzi che lo storico intende disporre in un coerente ordine discorsivo. In che modo interviene lo storico nel momento in cui mette in ordine i dati? Secondo White, ce ne rendiamo facilmente conto se riflettiamo su una distinzione, comunemente accettata, fra tre diversi generi letterari, fra tre diversi modi di esporre gli eventi del passato: la distinzione fra annali, cronaca e storia.

In un saggio pubblicato in una sua raccolta di scritti del 1987 (17), White cita un buon esempio del primo tipo: gli *Annali*

(15) Cfr. ad esempio P. VILLARI, *La storia è una scienza?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999; B. CROCE, P. VILLARI, *Controversie sulla storia*, a cura di R. Viti Cavaliere, Milano, Unicopli, 1998; G. SALVEMINI, *La storia considerata come scienza* (1902), ora in ID., *Scritti vari (1900-1957)* [Opere di Gaetano Salvemini, VIII, *Scritti vari*], a cura di G. Agosti e A. Garrone, Milano, Feltrinelli, 1978, pp. 107-35.

(16) H. WHITE, *Metahistory: The Historical Imagination in Nineteenth-Century Europe*, Baltimore-London, The Johns Hopkins University Press, 1973.

(17) H. WHITE, *Il valore della narrazione nella rappresentazione della realtà*, in ID., *Forme di storia. Dalla realtà alla narrazione*, a cura di E. Tortarolo, Roma, Carocci, 2006, pp. 37-60.

di *San Gallo*, redatti da un anonimo estensore verosimilmente fra il X e l'XI secolo. Gli *Annali* sono una nuda sequenza di eventi che si susseguono in ordine cronologico nell'arco di tre secoli, fra l'VIII e il X secolo. Eccone alcuni stralci: «709. Inverno duro. Il duca Gottfried è morto. 710. Anno difficile e raccolti scarsi. 712. Inondazione. 714. Pipino, maestro di palazzo, è morto. 718. Carlo ha travolto i Sassoni. 731. Il santo Beda è morto». E così via. Siamo di fronte a una nuda elencazione di eventi: manca qualsiasi tentativo di collegarli fra loro, non sono esplicitati i criteri di selezione, la narrazione è assente. L'unico collante estrinseco è la successione cronologica degli eventi.

Già sensibilmente diversa dal genere letterario degli 'annali' è la 'cronaca': un racconto che, a differenza degli annali, si sviluppa intorno a un tema unificante (una città, una regione, un'impresa militare). Pensiamo, ad esempio, a Dino Compagni che, nella *Fiorenze di Dante*, scrive una *Cronica delle cose occorrenti ne' tempi suoi*, raccontando del conflitto fra i Bianchi e i Neri fra il 1300 e il 1308. Nella 'cronaca', secondo White, la voce del narratore è percepibile, esiste un tema (il conflitto fra Bianchi e Neri, nel nostro esempio) che dà una qualche unità al discorso e tuttavia manca o è debole il tentativo di offrire una comprensione complessiva della vicenda, di decifrarne le cause e la dinamica. Ne è prova evidente, per White, la mancanza o l'irrilevanza di un preciso e motivato punto di origine e di conclusione della vicenda: la cronaca inizia in un momento qualsiasi e termina in un altro in modo casuale, accidentale; finisce quando finisce, senza che il narratore riesca a indicare il punto in cui la vicenda narrata si esaurisce.

A differenza della cronaca, la storiografia è tale in quanto instaura un collegamento forte e necessario fra gli eventi narrati. Gli eventi, semplicemente elencati dall'annale, divengono i tasselli di un disegno coerente, acquisiscono un senso unitario, vengono a far parte di una trama che rivela la loro genesi e la direzione delle loro trasformazioni. La congerie disordinata degli eventi, la massa informe dei dati si trasforma in un ordine intelligibile grazie al racconto dello storico: è dunque la narrazione costruita dallo storico, assai più della serie degli eventi registrati, l'elemento costitutivo della storiografia. Con apparente paradosso, il discorso più rispet-

tosio del reale sono gli annali, perché essi, nella loro casuale elencazione di dati, riflettono il disordine costitutivo dell'esperienza: la magma, l'intreccio inestricabile degli eventi. È solo grazie all'intervento dello storico che la massa informe degli accadimenti cede il posto a una narrazione dotata di interna coerenza.

Il discorso storiografico allora non è uno specchio che riproduce fedelmente l'ordine immanente alle azioni: piuttosto, lo 'costruisce', lo inventa con una procedura analoga a quella che presiede alla scrittura di un romanzo. Storiografia e narrazione, rappresentazione e invenzione, *fiction* e storia sono strettamente appaiati. Di che cosa parla dunque la storiografia? Quale è il suo oggetto e quale la sua pretesa di verità? Porre questa domanda è sollevare una questione filosoficamente decisiva: il rapporto fra il discorso e la realtà. Riesce la storiografia a dire qualcosa sul mondo, a farci capire qualcosa di come sono veramente andate le cose in un determinato luogo e in determinato tempo? Oppure la storiografia è un discorso che costruisce il proprio oggetto senza poterne dimostrare la consistenza 'reale'?

Da un lato, il primato della realtà e la netta riaffermazione della vocazione realistica della storiografia; dall'altro lato, l'idea di una storiografia tendenzialmente auto-referenziale, capace non tanto di descrivere uno stato di cose ad essa esterno, quanto di 'costruire' il proprio oggetto nel momento in cui pretende o finge di rappresentarlo come una realtà autonomamente esistente.

Una voce tanto autorevole quanto netta nel difendere l'insopprimibile componente cognitiva della storiografia è stata quella di Arnaldo Momigliano, in un saggio del 1981⁽¹⁸⁾. Carlo Ginzburg si muove nella medesima prospettiva⁽¹⁹⁾ e imputa a White un soggettivismo che si è rafforzato a contatto con gli ambienti francesi e con le suggestioni di Foucault e di Barthes, ma affonda le radici in tradizioni precedenti: nella tradizione neoidealista, che, soprattutto nella sua versione gentiliana, riconduce l'oggetto alla soggettività, al soggetto trascendentale, e respinge di conseguenza l'idea

⁽¹⁸⁾ A. MOMIGLIANO, *La retorica della storia e la storia della retorica: sui tropi di Hayden White*, ora in Id., *Sui fondamenti della storia antica*, Torino, Einaudi, 1984.

⁽¹⁹⁾ GINZBURG, *Rapporti di forza*, cit.

di una realtà in sé e per sé esistente, indipendentemente dal Soggetto che la pensa.

Tradurre nel linguaggio di un'aggiornata teoria della storiografia gli assunti del soggettivismo neoidealistico non è una scelta innocua. I critici di White e in genere della teoria 'narrativistica' della storia lo dimostrano facendo leva su un *experimentum crucis*: chiedendosi se e in che modo, dall'interno di una posizione 'narrativistica', possa essere discussa e contestata la tesi cosiddetta 'negazionista', che cancella, o ridimensiona, la Shoah. Se la realtà è una funzione del discorso, se fra storia e mito, fra storiografia e narrativa, non si danno distinzioni qualitative, come posso accusare Faurisson (il principale esponente del fronte 'negazionista') di avere gravemente falsificato la storia? Come posso, in una parola, accusarlo di mentire, se ho messo in parentesi il criterio della verità storica?

La domanda è, nella sua semplicità, difficilmente aggirabile. Occorre però chiedersi se davvero il narrativismo di White (la stretta analogia da lui instaurata fra storiografia e narrazione) si risolva nel rifiuto di attribuire agli eventi, alle *res gestae*, una qualsiasi autonoma consistenza 'ontologica'. Certo, non mancano appigli nei suoi scritti per legittimare questa conclusione: a partire dalla frase accolta come esergo della raccolta di scritti prima ricordata: «Le fait n'a jamais qu'une existence linguistique». È una frase di Roland Barthes, che in effetti non ritiene che la storiografia possa entrare in contatto con la realtà. La storiografia non descrive la realtà: semplicemente comunica al lettore un «effetto di realtà»; la realtà non è là fuori, raggiunta dal discorso; è 'dentro' il discorso, è una sua funzione interna, un suo prodotto. Lo storico non dispone di un cannocchiale puntato sulla realtà. Si sforza piuttosto di presentare come un cannocchiale ciò che è un semplice caleidoscopio.

Se White si mantenesse fedele fino in fondo al motto barthesiano citato come esergo, la sua opzione antirealista sarebbe priva di qualsiasi ambiguità. Il suo ragionamento però è più complesso e sfumato. Non mancano passaggi nei quali White afferma esplicitamente di dare per acquisita non soltanto l'esistenza di una realtà antecedente al (e indipendente dal) discorso che vi si riferisce. Il

caso degli ‘annali’, prima ricordato, è in questo senso emblematico: siamo di fronte a un testo composto di mere registrazioni verbali di accadimenti. Non solo: è scontato che gli storici, continua White, vogliano scoprire la verità sul passato e vadano a caccia di informazioni dimenticate o trascurate svolgendo un’attività simile a quella di un giornalista o di un detective. Ancora: di fronte all’esempio, bruciante e conturbante, dell’olocausto e della sua ‘negazione’, White sembra incline a concordare con un suo critico (Vidal-Naquet, che attribuisce alla storiografia la possibilità di ‘dire la verità’) almeno su un punto: che è ragionevole dare per avvenuti, al di là di ogni ragionevole dubbio, certi eventi clamorosi, quali la presa della Bastiglia, ad esempio, o, appunto l’Olocausto. Dove cominciano allora le divergenze con la storiografia di ispirazione ‘realista’ e quale è il *proprium* dell’impostazione ‘narrativistica’ difesa da White? Le divergenze cominciano quando si guarda al momento in cui lo storico procede oltre la nuda elencazione degli eventi e costruisce un discorso capace di collegarli fra loro e di offrirne una rappresentazione unitaria, coerente e complessiva.

Il racconto storiografico si regge su un intreccio che lo storico presenta come immanente nelle ‘cose stesse’. White assicura di non voler cancellare il mondo facendo della realtà una funzione del discorso: il suo intento è piuttosto prendere definitivamente congedo da una visione troppo semplice della conoscenza storica, ancora legata a un’idea della conoscenza come riflesso della realtà, e sottolineare il fatto che la conoscenza passa attraverso l’impiego di costrutti linguistico-concettuali che complicano il rapporto fra il soggetto che conosce e l’oggetto conosciuto.

È vero dunque che anche per White la storiografia cerca di dire come sono andate effettivamente le cose? Una risposta affermativa sarebbe troppo semplice. Possiamo concedere infatti (come sostiene Tortarolo⁽²⁰⁾) che White non nega la realtà degli eventi. È

⁽²⁰⁾ E. TORTAROLO, *Postfazione. Hayden White per gli storici*, in WHITE, *Forme di storia*, cit., p. 193 e ss. Sul ‘narrativismo’ di White cfr. anche *Hayden White and the History / Literature Debate*, K. Koronen (ed.), Amsterdam-New York, Rodopi, 2006; D. PISANI, *Carlo Ginzburg e Hayden White. Riflessioni su due modi di intendere la storia*, in «Engramma», 2007, 55; G. RICUPERATI, *Una sfida a Clio? Storia e “novel” fra incontri e differenze*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CDVIII, 2011

anche vero però che alcune sue affermazioni sembrano inclinare verso quel tipo di ‘testualismo’ che Rorty chiamava forte: un ‘testualismo convinto che «la realtà [...] sia costituita da una rappresentazione invece che preesistere allo sforzo di afferrarla nel pensiero, nell’immaginazione o per iscritto». In questa prospettiva, la realtà sembra esistere solo in quanto rappresentata. È tuttavia, poche righe dopo, lo stesso autore dichiara che la realtà (e a maggior ragione la realtà trascorsa, il mondo perduto cui lo storico dedica la sua attenzione) «non è accessibile se non tramite le sue rappresentazioni [...]»⁽²¹⁾. Le due affermazioni, date per omogenee fra loro, sono in realtà radicalmente difformi. Le ambiguità delle argomentazioni di White dipendono dall’insufficiente distinzione fra due piani: fra l’esistenza della realtà *ut sic* («come sono veramente andate le cose») e la sua conoscenza; fra la verità e l’accesso alla verità⁽²²⁾; o, se si preferisce, fra l’ontologia e l’epistemologia⁽²³⁾.

Che cosa ricavare da questo confronto (in qualche modo esemplare) fra White e Momigliano? Quale immagine possiamo avere della storiografia al termine del suo lungo transito nella cultura (che chiamiamo di solito ‘post-moderna’) degli anni Settanta e Ottanta del Novecento? Non credo che le suggestioni ‘narrativistiche’ abbiano trionfato al punto da interrompere una volta per tutte l’antica vocazione della storiografia a ‘dire la verità’: a parlare non già di mondi possibili e di oggetti immaginari, bensì (come già notato da Aristotele) di mondi reali, esperienze vissute, personaggi esistiti, eventi accaduti, credenze condivise. Senza questa tensione verso il reale è difficile immaginare la storiografia. Al contempo, però, è aumentata drammaticamente la consapevolezza della difficoltà, della fragilità, del carattere congetturale dell’im-

(Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche — Memorie serie IX — vol. XXVIII — fasc. 3), p. 585 e ss.; P. LAURIA, «*La verità, tutta la verità, nient’altro che la verità*». Arnaldo Momigliano, Carlo Ginzburg e il compito dello storico, in «Giornale di storia», 2014, 13 (www.giornaledistoria.net).

⁽²¹⁾ H. WHITE, *Teoria letteraria e scrittura storica*, in Id., *Forme di storia*, cit., pp. 166-67.

⁽²²⁾ MARCONI, *Per la verità*, cit., p. 57 e ss.

⁽²³⁾ M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 43 e ss.

presa cognitiva cui lo storico si dedica. Sarebbe impossibile pensare oggi al rapporto fra lo storico, il testo e la realtà nei termini relativamente semplici e piani cui ci aveva abituato il positivismo ottocentesco.

Vogliamo sapere come sono realmente andate le cose, ma dobbiamo passare attraverso un viluppo spesso inestricabile di testimonianze selettive, parziali, lacunose. Vogliamo conoscere la verità, ma dobbiamo fare i conti con un tessuto discorsivo che non funziona come uno specchio fedele, ma agisce piuttosto come un filtro che moltiplica i colori e spezza e ricompone le linee. La conoscenza della realtà è, per la storiografia, una scommessa dall'esito essenzialmente incerto.

4. *La verità dei fatti e la verità dei testi.*

Di che cosa si occupa lo storico? Di come sono andate effettivamente le cose, come aveva detto Ranke. Possiamo mantener fede a questo programma, ma le chances della sua attuazione, a partire dagli anni Settanta del Novecento, risultano, non già definitivamente compromesse, ma certo più insicure e problematiche di quanto potessero apparire agli occhi dello storicismo o del positivismo ottocenteschi.

Per complicare ulteriormente il quadro occorre poi tener presente un altro aspetto. A quali 'cose' pensiamo quando citiamo la frase di Ranke? In astratto, possiamo riferirci a qualsiasi aspetto della realtà. In concreto, però, fino a tempi relativamente recenti era la storiografia *politica* ad essere considerata, per così dire, la storiografia *par excellence*. Ancora negli anni Cinquanta del Novecento, come ricorda Skinner⁽²⁴⁾ riferendosi a Elton⁽²⁵⁾, era viva la tendenza a vedere negli eventi politici l'oggetto privilegiato della storiografia: che deve primariamente occuparsi dei grandi eventi,

(24) Q. SKINNER, *The practice of history and the cult of the fact*, in ID., *Visions of Politics*, vol. I, *Regarding Method*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 8-26.

(25) Cfr. G.R. ELTON, *The Practice of History*, London, Fontana Press, 1967; ID., *Political History: Principles and Practice*, London, Penguin Press, 1970.

gli eventi che (come si suol dire) 'hanno fatto la storia', relegando la ricostruzione di profili diversi della realtà al rango di storie minori o ausiliarie.

Tutto ciò è finito da tempo. Il ruolo privilegiato della storia politica è stato il bersaglio di una delle grandi 'rivoluzioni' nella storiografia del Novecento, condotta da Braudel, da Febvre, da Bloch e dagli storici riuniti intorno alle *Annales*, che alla *histoire-bataille* e alla storia *évènementielle* — come chiamavano ironicamente la storiografia politica tradizionale — contrapponevano lo studio delle strutture profonde della società, relegando gli eventi al ruolo di accadimenti superficiali e non determinanti. Non è però finito soltanto il 'primato' della storia politica: è venuta meno ogni pretesa di gerarchizzazione interna alle conoscenze storiche. Non ci sono vie di accesso privilegiate nella comprensione del passato. Ormai lo spettro tematico della storiografia si è dilatato al punto da coincidere con la realtà umana in tutte le sue manifestazioni. Non esistono ambiti dell'esistenza cui la storiografia non rivolga la sua attenzione. Può essere assunto ad oggetto di ricostruzione storica qualsiasi profilo della vita individuale e collettiva: la battaglia e la grande politica come la vita quotidiana, il grande Stato così come una minuscola e isolata comunità, i riti religiosi come i saperi scientifici, la cultura alta come la cultura delle classi subalterne, la cultura materiale — l'alimentazione, la convivialità — come la produzione letteraria, per non parlare della determinante importanza ormai riconosciuta alle identità di genere, alla corporeità, alla sessualità.

Certo, possiamo confermare che ciascuna di queste (fra loro diversissime) storiografie 'speciali' vogliono dirci la verità sul mondo (o su qualche aspetto del mondo) che abbiamo perduto. Interviene però una complicazione: il problema della verità della ricognizione storiografica assume profili diversi a seconda dell'ambito di esperienza che si intende ricostruire. Mi limiterò a una distinzione rozza e approssimativa, ma sufficientemente chiara per illustrare il punto in questione: la distinzione fra azioni e discorsi, fra pratiche e saperi. Vogliamo capire 'come sono andate le cose': in concreto, però, il senso di questa domanda cambia a seconda che l'oggetto che vogliamo ricostruire siano eventi, fatti, azioni op-

pure simboli, immagini, discorsi, teorie. Ipotizziamo che il nostro tentativo di conoscere qualcosa del passato riguardi non ciò che gli uomini hanno ‘fatto’, in un contesto dato, ma ciò che essi hanno ‘pensato’. Che cosa significa ‘dire la verità’ quando ad essere assunti come oggetto della ricognizione storiografica sono non già fatti ed eventi, e nemmeno strutture sociali e dinamiche economiche, ma ‘teorie’? È intuitivo che sia diverso chiedersi, tanto per fare un esempio, se Napoleone sia morto a S. Elena oppure che cosa pensasse Thomas Hobbes della sovranità.

In entrambi i casi lo storico vuole ‘dire la verità’ e in entrambi i casi lo storico interroga i testi. Gli oggetti specifici sono però diversi e sono di conseguenze differenti le strategie euristiche adottate. Nel primo caso, accertare la verità significa raccogliere un numero congruo di testimonianze che rendano possibile affermare che un certo evento è accaduto in un luogo e in un tempo determinati. In questo esempio ‘vero’ e ‘falso’ si contrappongono nettamente e impediscono sfumature e ambiguità. Nel secondo caso, non c’è alcun fatto da accertare. Non interrogo un testo per essere informato su un evento avvenuto nel passato; lo leggo per capire il messaggio che esso trasmette (l’idea di sovranità). Nel primo caso il testo è indizio o traccia o testimonianza di un qualcosa che sta fuori di esso ed è venuto ad esistenza indipendentemente da esso. Nel secondo caso, il testo è l’alfa e l’omega della mia inchiesta: non devo accertare un evento extra-discorsivo; devo intendere il senso di un discorso.

Dovremmo allora dire che il problema della verità per la storiografia si pone soltanto nel primo e non nel secondo caso? Dovremmo dire che lo storico può tentare di dire la verità sulla realtà trascorsa soltanto quando l’oggetto della sua inchiesta è un accadimento, un evento extra-discorsivo (la presa della Bastiglia, la morte di Napoleone, i forni crematori), mentre è dispensato dal preoccuparsi della verità della sua ricognizione storiografica quando l’oggetto di questa non è un fatto (o una serie di fatti), ma è il senso di un testo?

Se giungessimo a questa conclusione dovremmo affermare che nell’interpretazione di un testo «anything goes», che tutto va bene, che ogni lettura è equivalente a qualsiasi altra e che è impos-

sibile dimostrare la loro maggiore o minore attendibilità. Sottoscrivere in sostanza il nichilismo storiografico nel quale sfocia l'ermeneutica decostruzionista⁽²⁶⁾. Accettare la tesi che 'tutto va bene' significherebbe dichiarare impossibile la 'scommessa' costitutiva della storiografia: la scommessa che sia possibile gettare un ponte fra il presente e il passato. È proponibile una siffatta scommessa quando è in gioco non l'accertamento di un evento ma la comprensione di un testo, la decifrazione del suo messaggio? Lo è, a mio avviso, perché disponiamo di un criterio per districarsi fra i molteplici significati attribuibili a un testo: il criterio secondo il quale sarà preferibile il significato più congruente con le convinzioni, con i valori, con le aspettative, insomma, con la cultura complessiva propria del contesto nel quale il testo è venuto ad esistenza. È su questo terreno che si gioca il confronto fra i tanti contributi storiografici che si propongono di capire che cosa pensi Hobbes della sovranità: delle molte interpretazioni prospettate, potrà apparire 'vera' (o più vera) quell'interpretazione che sembri più capace di intendere l'universo hobbesiano nei suoi tratti caratteristici, nella sua peculiarità, in una parola, nella sua 'storicità'.

È possibile dunque esprimere e argomentare una preferenza fra diverse interpretazioni storiografiche anche quando il loro oggetto sia non l'accertamento di un evento extra-discorsivo, ma l'attribuzione di senso a un testo. È però innegabile che in quest'ultimo caso il tasso di incertezza e lo spettro delle soluzioni possibili aumentano considerevolmente. Certo, la conoscenza del passato è sempre e comunque congetturale. Quando però abbiamo raccolto un numero sufficiente di indizi siamo in grado di indicare il nome dell'assassino. Quando abbiamo raccolto una ricca messe di testimonianze concordi, possiamo affermare con ragionevole tranquillità che Napoleone è morto a S. Elena. Le cose cambiano quando il testo non è il segno di un evento, ma vale per se stesso; quando

(26) Cfr. J. CULLER, *On Deconstruction. Theory and Criticism after Structuralism*, Ithaca, Cornell University Press, 1982; M. FERRARIS, *La svolta testuale. Il decostruzionismo in Derrida, Lyotard, gli "Yale Critics"*, Milano, Unicopli, 1986; Ch. NORRIS, *Deconstruction: Theory and Practice*, London-New York, Routledge, 1993; H.J. SILVERMAN, *Textualities: Between Hermeneutics and Deconstruction*, London-New York, Routledge, 1994.

è l'oggetto, e non uno strumento, della ricerca. Dire la verità su Hobbes non è dire la verità su un evento. È comprendere un testo scommettendo sulla possibilità di superare l'obiezione decostruzionista: scommettendo cioè sulla possibilità di cogliere la peculiarità del suo messaggio, di restituirlo in qualche misura al mondo, alla cultura, cui esso apparteneva. E restituire un testo al suo mondo, e al contempo tradurlo nel nostro linguaggio, renderlo comprensibile e significativo per noi, è un'impresa troppo complessa e articolata per poter essere esaurita da *una* interpretazione. Possono darsi quindi molteplici interpretazioni diverse fra loro perché concentrate sull'uno o sull'altro aspetto di quel mondo e tuttavia 'vere' in quanto capaci di gettare un ponte fra il presente e il passato rispettando la storicità del proprio oggetto. In questo caso la contrapposizione binaria vero/falso (Napoleone è morto/non è morto a S. Elena) cede il posto a una pluralità di punti di vista ciascuno dei quali può rivendicare una plausibile approssimazione al proprio oggetto.

Il problema della verità del discorso storiografico si pone dunque diversamente a seconda che la domanda che lo sorregge riguardi l'accertamento di un evento o il senso di un testo. Diversità, e complicazioni, ulteriori possono poi scaturire dalle caratteristiche specifiche del testo di cui vogliamo ricostruire il senso. Un caso interessante è offerto da una peculiare categoria di testi: da quei testi che, nella loro costruzione retorica, nella loro struttura argomentativa, nella loro esplicita intenzione dichiarano di voler cogliere e descrivere la realtà nelle sue intrinseche caratteristiche. Potremmo chiamarli, per intenderci, 'testi di sapere': sono testi che intendono 'dire la verità' sul mondo, offrire al lettore una visione 'vera' del loro oggetto. È per l'appunto il pathos della verità la loro cifra retorica.

In che senso nella ricognizione dei 'testi di sapere' il problema della verità dell'operazione storiografica presenta un grado ulteriore di complessità? Certo, anche nei confronti dei testi di sapere (come di qualsiasi altro testo) lo storico tenta di 'dire la verità' cogliendo la specifica storicità del loro messaggio, gettando un ponte, ancorché fragile e insicuro, fra il nostro mondo e il loro. Data la natura dei 'testi di sapere', però, il problema della verità si

propone, per così dire due volte: dobbiamo dire la verità (comprendere storicamente) testi che a loro volta sono stati costruiti per dire la verità (sull'uno o sull'altro aspetto della realtà). Resta fermo che dire la verità su Hobbes o su Galilei o su Tolomeo significa capire quale rappresentazione del mondo questi autori ci hanno comunicato. Nel momento però in cui espongo la loro verità, non posso non mettere in rapporto la loro verità con la mia verità, il loro sapere con il mio sapere, la loro teoria con la mia teoria. Dirò la verità su Tolomeo (decifrerò il suo discorso storicizzandolo, collocandolo nella cultura di cui è parte), ma nella mia ricognizione storiografia della teoria geocentrica dovrò comunque fare i conti con una diversa verità (con la mia 'convinzione previa' che sia la terra a girare intorno al sole). Il problema della verità della mia ricognizione storiografia si complica dunque ulteriormente e l'operazione ermeneutico-storiografica si trova, per così dire, ad occupare il vertice di un triangolo che ha, come secondo vertice, la 'verità' di Tolomeo' e, come terzo vertice, la 'verità' eliocentrica (27).

5. *La verità del giudice e la verità dello storico: differenze e analogie.*

Storie di eventi e storie di discorsi; storie delle pratiche e storia dei saperi: è possibile far storia delle più diverse esperienze e per ciascuna di esse il problema della verità del discorso storiografico si pone diversamente, ma si scontra in ogni caso con la difficoltà di gettare un ponte fra il presente e il passato.

'Dire la verità' sul mondo attraverso l'interpretazione di un *corpus* testuale, di un insieme di testimonianze, inevitabilmente 'opaco' e rigidamente delimitato è una difficile scommessa che lo storico condivide con una figura professionale molto diversa: il giudice. Che il mestiere del giudice e il mestiere dello storico pre-

(27) Su alcuni aspetti relativi ai 'testi di sapere' e alla loro interpretazione storiografica mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Histoire, théorie et histoire de théories*, in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, a cura di C.M. Herrera, A. Le Pillouer, Paris, Kimé, 2012, pp. 19-56.

sentino analogie è una tesi sostenuta da tempo (se ne parlava già nel Settecento), rilanciata con forza nel corso del Novecento, fino ai nostri giorni⁽²⁸⁾, e imperniata proprio sul rapporto fra la raccolta delle ‘prove’ e l’individuazione della ‘verità’.

Nel primo Novecento, in Italia, il rapporto fra il giudice e lo storico è stato affrontato da un filosofo — Guido Calogero — nel quadro di un’analisi più ampia, dedicata all’analisi delle caratteristiche dell’operazione intellettuale compiuta dal giudice nella redazione della sentenza⁽²⁹⁾.

Il giudice lavora su due piani, che si intersecano, ma restano concettualmente distinti: le norme vigenti nell’ordinamento e i fatti che egli è chiamato ad accertare e a valutare. Guardando al rapporto fra il giudice e i testi normativi, Calogero sostiene la tesi seguente: la tesi che l’attività del giudice non si riduce a una semplice, meccanica esplicitazione della volontà del legislatore e a una conseguente applicazione di essa al fatto. La dottrina tradizionale descriveva l’attività del giudice ricorrendo alla figura del sillogismo: la premessa maggiore è il testo normativo (l’omicidio è un reato punito con una determinata sanzione); la premessa minore è il fatto (x ha ucciso y); la conclusione è la sentenza: x, colpevole per aver commesso il fatto, è colpito con la sanzione giuridicamente prevista. Secondo Calogero, l’operazione giudiziale è più complessa: l’interpretazione delle norme, la ricostruzione del fatto e il collegamento fra il fatto e il diritto esigono un intervento non meccanico, ma creativo e selettivo da parte del giudice.

Non posso soffermarmi sulla riflessione di Calogero perché in parte estranea al nostro itinerario. Essa permette comunque di fermare alcuni punti. In primo luogo, il giudice si muove su due binari: fatto e diritto, eventi e conseguenze giuridiche di questi

⁽²⁸⁾ C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Torino, Einaudi, 1991.

⁽²⁹⁾ G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937. Cfr. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in «Rivista di diritto processuale civile», XVII (1939), pp. 105-28; S. BASILE, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XLIV (1967), pp. 225-260; C. NITSCH, *Il giudice e la legge: consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, Giuffrè, 2012.

eventi. Come è facile intuire, il punto di incontro fra lo storico e il giudice è offerto non tanto dall'analisi giuridica del sistema normativo compiuta dal giudice, quanto dalla ricostruzione dei fatti: il giudice deve appurare se realmente *x* ha ucciso *y*, così come lo storico deve accertare che Napoleone è morto a S. Elena.

Tanto il giudice quanto lo storico vogliono sapere come sono effettivamente andate le cose. Non è però soltanto questa 'volontà di sapere' ad avvicinare le due figure professionali. Conviene sottolineare un aspetto di carattere più generale: le operazioni intellettuali compiute dallo storico come dal giudice hanno un carattere essenzialmente ermeneutico. Il giudice opera interrogando testi: da un lato, lavora sui testi normativi, per rispondere alla domanda «*quid iuris?*» (per capire quali siano le regole applicabili al caso che gli viene sottoposto); dall'altro lato, interroga i documenti e le testimonianze che gli permettano di ricostruire le vicende che hanno dato luogo all'azione processuale. Il giudice è un interprete, esattamente come lo storico: anche lo storico, quale che sia l'oggetto della sua indagine, si protende verso il passato interrogando e decifrando i testi a sua disposizione. Se cerchiamo analogie fra il giudice e lo storico, dobbiamo rintracciarle nel carattere essenzialmente ermeneutico delle operazioni che essi compiono.

Presentare le operazioni intellettuali del giudice e dello storico come operazioni ermeneutiche non ha un valore meramente classificatorio, ma serve a riferire ad entrambe alcune decisive caratteristiche. Tanto il giudice quanto lo storico intendono un testo a partire dalla loro formazione culturale, dalla loro collocazione sociale, dai loro orientamenti etico-politici, dagli strumenti linguistico-concettuali di cui dispongono. Per il giudice come per lo storico si pone il delicato problema del carattere avalutativo o piuttosto eticamente orientato dell'operazione ermeneutica. Se, da un lato, ci attendiamo che tanto il giudice quanto lo storico agiscano «*sine ira et studio*», siano imparziali, siano appunto in grado di dire la verità (di capire come sono andate le cose e, per il giudice, anche di capire come sarebbero dovute andare, se la norma fosse stata rispettata), dall'altro lato siamo consapevoli che l'avalutatività dell'interpretazione, per quanto assunta come criterio regolativo e regola deontologica, deve fare i conti con il carattere soggettivo, si-

tuato, storicamente determinato dell'interprete e quindi con le sue passioni, inclinazioni, pre-giudizi.

È comprensibile dunque che la teoria processualistica sia stata scossa da una crisi epistemologica per molti aspetti analoga a quella che ha investito la storiografia a partire dagli anni Sessanta-Settanta del Novecento: in entrambi i casi l'occhio del ciclone è per l'appunto la pretesa o l'aspettativa di 'dire la verità'. Se, per un verso, l'accertamento della verità è considerato (se non da tutti, da molti) un profilo decisivo ed irrinunciabile della giustizia civile e penale, per un altro verso la ricostruzione 'di come sono veramente andate le cose' appare problematica e incerta⁽³⁰⁾; tanto da indurre alla formulazione di una tesi radicale, secondo la quale il processo funziona non in quanto dice la verità, ma in quanto è un rito solenne, autorevole, socialmente accettato e perciò capace di bloccare il conflitto, quale che sia la corrispondenza della sentenza a 'come sono veramente andate le cose'⁽³¹⁾.

Dal confronto fra il giudice e lo storico emergono dunque alcune interessanti analogie. In primo luogo, entrambi condividono un'opzione 'realista', si propongono di dire la verità, di mostrare che cosa è effettivamente successo in un certo tempo e in un certo

⁽³⁰⁾ Un'importante riflessione è offerta da M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009. Il centro del dibattito è costituito, come è ovvio, dal concetto di 'prova'. Cfr. A. GIULIANI, *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992; G. UBERTIS, *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, Torino, UTET, 1995; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*, Milano, Giuffrè, 1996; *Evidence and Inference in History and Law: Interdisciplinary Dialogues*, W. Twining, I. Hamphsher-Monk (eds.), Evanston, Northwestern University Press, 2003; J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, il Mulino, 2004; F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano: la cultura delle prove*, Milano, Giuffrè, 2005; W. TWINING, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006²; M. ORLANDI, *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità: aspetti giuridici, sociolinguistici e di comunicazione*, Milano, Giuffrè, 2007; F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto: il ruolo della narrazione nel processo*, Milano, FrancoAngeli, 2008; R. ANGELETTI, *La costruzione e la valutazione della prova penale*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁽³¹⁾ Cfr. ad es. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna, il Mulino, 1991; ID., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, il Mulino, 2003.

luogo. In secondo luogo, tanto il giudice quanto lo storico lavorano su eventi trascorsi: non operano in presa diretta, ma ricostruiscono la dinamica dell'accaduto in modo indiretto. In terzo luogo, entrambi compiono operazioni ermeneutiche, lavorando su testimonianze, documenti, testi. Non per questo però restano prigionieri delle parole: adottano la strategia di Sherlock Holmes (illustrata da Ginzburg⁽³²⁾), cercano prove, raccolgono indizi allo scopo di indicare, con ragionevole certezza, il nome dell'assassino.

Queste analogie non sono trascurabili, ma devono essere messe accanto a differenze non meno significative. In primo luogo, se pure ammettiamo che tanto il giudice quanto lo storico ambiscono a 'dire la verità', occorre aggiungere che la loro ricerca della verità risponde a esigenze profondamente diverse. Il fine dello storico è meramente conoscitivo. Certo, il suo programma euristico, gli interrogativi che egli rivolge al passato, sono sollecitati e plasmati dalla dinamica sociale di cui lo storico è parte. L'obiettivo che egli si propone però (e ciò che la società si aspetta da lui) è identico all'obiettivo perseguito dal matematico, dal fisico o dall'astronomo: un allargamento dei confini del mondo conosciuto, se vogliamo usare una formula enfatica. Per quanto riguarda il giudice, invece, l'accertamento della verità non è lo scopo, ma è solo uno strumento, ancorché necessario, del processo, che ha la sua primaria ragion d'essere nella risoluzione di un conflitto. È il legame funzionale con il conflitto che rende il processo uno snodo essenziale della dinamica sociale. Quando scoppia un conflitto, è indispensabile poter far uso di dispositivi capaci di risolverlo ristabilendo le condizioni minime della collaborazione. Il processo è uno di questi dispositivi e svolge una funzione essenziale in quel difficile e precario gioco di equilibrio fra regole e trasgressioni da cui dipende la tenuta dell'ordine sociale.

Una seconda differenza riguarda il diverso rapporto con il passato instaurato rispettivamente dal giudice e dallo storico. Al giudice non interessano i fatti come tali (le azioni compiute da alcune persone in un certo luogo e in un certo tempo), ma solo quei

(32) C. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in ID., *Miti emblematici. Morfologia e storia*, Torino, Einaudi, 1986, pp. 158-209.

fatti che sono suscettibili di produrre conseguenze giuridiche alla luce del diritto vigente. La ricostruzione dei fatti da parte del giudice è dunque predeterminata dall'interpretazione delle norme. Ciò che il giudice (e più in generale tutti i protagonisti del processo: la difesa, l'accusa) vogliono conoscere del passato sono soltanto le azioni suscettibili di essere ricondotte alle figure del diritto o dell'obbligo, dell'adempimento o dell'inadempimento, del reato o del lecito e così via. La conoscenza giudiziale del passato è quindi, da un lato, predeterminata dal sistema normativo vigente e, dall'altro lato, è sorretta dall'esigenza di esprimere una valutazione, di formulare una condanna o un'assoluzione: appunto, un 'giudizio'.

Diversa è la prospettiva dello storico. In primo luogo, egli non si avvicina al passato entro binari predeterminati e vincolanti. Non ci sono aspetti del passato che come tali debbano essere storiograficamente esclusi o privilegiati. Quando oggetto della ricostruzione storiografica sono i comportamenti di un individuo, la massima ambizione dello storico sarà quella di offrire un quadro il più possibile completo e integrale del suo personaggio. Se scrivo la biografia di Napoleone, mi interessa tendenzialmente tutto ciò che Napoleone ha fatto, scritto, detto. Certo, anche in questo caso la mia ricostruzione sarà inevitabilmente selettiva. Non vi saranno però criteri obbligati e previamente stabiliti: il carattere selettivo della mia ricostruzione dipenderà, per un verso, dalle mie scelte interpretative e, per un altro verso, dall'inevitabile sproporzione che passa fra la realtà del passato e ciò che possiamo conoscere di essa.

In secondo luogo, lo storico ha come suo scopo primario non giudicare il passato, ma conoscerlo. Mentre il giudice vuole sapere come sono andate le cose per appurare la loro congruità o inconciliabilità con le norme vigenti, lo storico vuole raccontarci mondi lontani ed esperienze trascorse senza commisurarle a un previo parametro normativo. Certo, lo storico, come ogni essere umano, ha una sua visione del mondo, una sua etica, un suo credo politico. Le sue convinzioni etiche però, se pure non potranno non lasciare qualche traccia nel suo discorso, non sono né il suo obiettivo né il suo filo conduttore. Lo scopo dell'analisi non è la valutazione, ma

è la comprensione. Posso essere convinto che la schiavitù sia un disvalore e che le ideologie nazionalsocialiste siano insostenibili e deleterie. Se però mi occupo della tratta degli schiavi nel Cinque-Seicento oppure scrivo la biografia di Hitler, il mio scopo non è dimostrare che i negrieri erano immorali e che le idee di Hitler erano riprovevoli: per affermare queste tesi non ci sarebbe bisogno di passare mesi o anni in archivi e biblioteche. Il mio scopo è capire in tutti i suoi possibili risvolti le azioni, le scelte, le credenze, la vita di un individuo o di una pluralità di individui in quel mondo scomparso cui essi appartenevano.

Una terza differenza riguarda la natura dei testi utilizzati dal giudice e dallo storico. Per ricostruire il passato il giudice si serve abitualmente di uno strumento che resta per lo più precluso allo storico: la testimonianza, il racconto raccolto dalla viva voce di chi ha assistito all'evento. È intuitiva la ragione di questa differenza: è diverso l'arco temporale con il quale lo storico e il giudice hanno a che fare. Il giudice è temporalmente vicino alla realtà che tenta di conoscere, mentre lo storico è spesso, anche se non sempre, distante da essa. Solo alcune ricerche di storia contemporanea possono utilizzare il racconto dei protagonisti o dei testimoni degli eventi. La 'storia orale' però (pur con tutto l'interesse che essa riveste) è solo un momento della storiografia contemporaneistica, che è a sua volta soltanto una parte della storiografia *tout court*.

In termini più generali, conviene sottolineare che il giudice è più direttamente coinvolto nel presente di quanto non sia lo storico. Anche lo storico muove dal presente, dai conflitti e dalle aspettative che lo caratterizzano, ma il passato che egli ricostruisce ha un rapporto molto più indiretto con il suo presente. Per il giudice invece l'evento trascorso è parte integrante del conflitto che si dispiega di fronte ai suoi occhi. Domina nel processo, ancora una volta, non la dimensione conoscitiva — la verità — ma la dimensione immediatamente pragmatica.

Proprio la valenza pragmatica dell'operazione giudiziale, di contro alla dimensione più disinteressatamente conoscitiva della storiografia, genera un'ulteriore differenza. La ricostruzione storiografica del passato è una ricerca aperta e mai conclusa, i cui risultati sono destinati a essere messi in discussione dalle indagini suc-

cessive. È questo un lusso che il processo non può permettersi: la sentenza, una volta definitiva, passata in giudicato, è l'ultima parola sui comportamenti, le ragioni e i torti passati al vaglio dal giudice. Se così non fosse, verrebbe meno la ragion d'essere del processo: porre fine, con un atto di autorità, al conflitto. Valga a riprova un'altra considerazione, eguale e contraria. La maggior parte dei reati è soggetta a una prescrizione, più o meno lunga: il tempo sana le ferite, il conflitto, allontanandosi nel tempo, si sbiadisce, diviene irrilevante. Per un principio di economia degli sforzi, il diritto se ne disinteressa. Al contrario, niente mi impedisce di ricostruire storiograficamente le ipotetiche crudeltà di Annibale nelle guerre puniche. Avrei però difficoltà a convincere un tribunale internazionale a riaprire il caso.

Un'ulteriore differenza potrebbe essere suggerita dal seguente rilievo: al giudice interessano le azioni, i concreti comportamenti di un individuo, rimanendo il 'foro interno' giuridicamente irrilevante, mentre allo storico preme conoscere non soltanto ciò che è stato 'fatto', ma anche ciò che è stato pensato, immaginato, temuto, sperato, teorizzato.

In realtà, la tesi che il giudice valuta soltanto le azioni di un individuo e non le sue convinzioni deve essere attentamente vagliata. Per molti secoli è stata punita non soltanto l'azione trasgressiva, ma anche l'opinione non allineata alle verità conclamate e indiscutibili. Solo lentamente si è fatta strada una visione diversa, che può essere compendiata nel principio enunciato da John Stuart Mill: è libera (e quindi giuridicamente incoercibile) qualsiasi azione che non leda la sfera di libertà altrui. La tesi classicamente liberale di Mill, peraltro, era più facile ad essere enunciata che applicata, come la storia dei regimi liberali e anche delle più recenti democrazie può dimostrare. I regimi democratici contemplano fra i loro principî costitutivi la libertà di espressione, ma hanno sentito spesso l'esigenza di bilanciare questo principio con l'esigenza di difendere la democrazia dai suoi nemici; e difendere la democrazia ha significato non soltanto punire le azioni eversive dell'ordine democratico, ma anche reprimere manifestazioni ideologiche frontalmente contrarie ai valori della democrazia stessa. In questi casi,

come è evidente, il giudice è chiamato a dire se qualcuno ha detto o ha scritto, non già ha fatto, qualcosa.

Sembrano allora emergere imprevisti momenti di vicinanza fra l'attività del giudice e l'attività dello storico nella misura in cui anche nelle odierne democrazie l'ordinamento continui a prevedere reati di opinione. Una vicinanza ancora più forte, o addirittura il rischio di un cortocircuito fra le due attività, è emersa di recente di fronte ai sostenitori del 'negazionismo' (la tesi, che si presenta come storiografica, secondo la quale la politica genocidaria del nazionalsocialismo non c'è mai stata o non c'è stata nella forma e nelle proporzioni abitualmente descritte).

La tesi negazionista è stata dichiarata penalmente punibile in vari paesi⁽³³⁾. Se il negazionismo è un reato, se è un reato una grossolana falsificazione storica, possiamo allora ipotizzare un terzo compito attribuito al giudice? Possiamo dire che il giudice, oltre che accertare azioni, oltre che appurare opinioni, ha anche il compito di valutare se un 'obbligo di verità' sia stato rispettato?

Ora, che verità e menzogna possano essere penalmente rilevanti è scontato: non posso impunemente dichiararmi proprietario del Colosseo e venderlo al miglior offerente. Il divieto del negazionismo pone però il dovere della verità su un altro piano: devo dire la verità non su ciò che sono, faccio o possiedo; devo dire la verità su uno stato di cose assai complesso, accertabile attraverso l'impiego di informazioni, saperi, competenze specifiche. Potremmo allora ipotizzare un terzo fronte delle operazioni giudiziali: il giudice non sarebbe chiamato a ricostruire la dinamica di un evento o a ricostruire il senso di un discorso, ma a valutare se l'imputato

⁽³³⁾ La prima legge di condanna del negazionismo è stata varata dallo Stato di Israele nel 1986 (*Denial of Holocaust Law*, n. 5746/1986), seguito da numerosi Stati europei. Nel 2007 l'assemblea generale dell'Onu ha approvato la risoluzione americana contro il negazionismo dell'Olocausto. E sempre nel 2007 (il 19 aprile) i ministri della Giustizia dell'Unione europea hanno firmato un accordo sulla punibilità di posizioni 'negazioniste' nei confronti dei genocidi e dei crimini contro l'umanità. Cfr. C. VERCELLI, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè, 2012; C. VERCELLI, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

abbia detto la verità su un fenomeno storico complesso. Il giudice diverrebbe egli stesso uno storico: vi sarebbe fra le due figure in questo caso non un'analogia, ma una sovrapposizione, un'identità, almeno nel *modus operandi* (dal momento che l'esito sarebbe comunque non un parere scientifico, ma una sentenza).

La questione è delicata e ampiamente dibattuta⁽³⁴⁾ e devo limitarmi ad esprimere soltanto un'impressione di carattere generale: che cioè la trasformazione di un ideale regolativo ('dire la verità') in un obbligo penalmente sanzionato possa aver luogo soltanto là dove la democrazia liberale rinuncia alla difesa integrale di uno dei suoi principî costitutivi; a quella 'libertà di opinione' che impone di considerare la 'verità' non il patrimonio intoccabile di una qualsiasi istituzione, ma un asintotico punto di convergenza della coscienza collettiva.

Dire la verità è una difficile scommessa che i molteplici 'mondi di vita' e i molteplici ambiti di sapere devono affrontare secondo le diverse regole del gioco vigenti in essi. In ogni caso, resta fermo che il tentativo di comprendere il passato non può essere ridotto a un fantasioso *divertissement* né può essere costretto nei binari predisposti da una qualsivoglia 'ragion di Stato'. Certo, la ricognizione del passato (inevitabilmente intrecciata con la formazione della memoria e dell'identità collettive) non è un'operazione trasparente e 'oggettiva', non è il mero rispecchiamento di 'come effettivamente sono andate le cose', ma è un processo complicato, influenzato dalla condizione socio-culturale ed esistenziale dello storico-interprete. Non possiamo illuderci che la storiografia risusciti dal nulla, in tutta la sua incontrovertibile 'realtà', il mondo che abbiamo perduto. La 'verità storica' è fragile e parziale non meno (o più) della 'verità processuale'. Se però la storiografia perdesse di vista, come proprio qualificante obiettivo e come propria condizione di senso, il tentativo di un asintotico avvicinamento alle realtà trascorse, la formazione e la trasformazione della nostra identità procederebbero attraverso libere e incontrollate 'inven-

⁽³⁴⁾ Cfr. E. BETTA e R. ROMANELLI (a cura di), *Storia, verità, diritto*, in «Contemporanea», XII (2009), 1, pp. 104-155. Cfr. anche *Vero e falso: l'uso politico della storia*, a cura di M. Caffiero e M. Procaccia, Roma, Donzelli, 2008.

zioni' del passato, guidate soltanto dalle velleità mitopoietiche dell'una o dell'altra ideologia politica.

Di fronte allo sfrenarsi di una retorica che trionfa nei *mass media* e decide volta a volta, a seconda delle convenienze del momento, di 'usare' il passato o di cancellarlo, la difficile scommessa della storiografia — il suo ostinato quanto problematico tentativo di 'dire la verità' — può acquisire una valenza non solo cognitiva, ma anche 'civile'. Nel distopico *1984* di Orwell, ad essere cancellata, prima ancora della libertà, è la possibilità di dire la verità: per Winston, lo sconfitto eroe del romanzo, la resa decisiva consisterà proprio nell'arrivare a convincersi interiormente che siano cinque le quattro dita della mano che il suo inquisitore pone sotto i suoi occhi. «I tried to tell the truth»: questo è il motto nel quale Orwell intendeva riconoscersi ⁽³⁵⁾. E forse anche per la storiografia il tentativo, pur fragile e incerto, di 'dire la verità' è la condizione, necessaria e sufficiente, della sua legittimazione.

⁽³⁵⁾ Mi permetto di rinviare a P. COSTA, "Ho tentato di dire la verità": George Orwell e l'universo totalitario, in *La forza dei bisogni e le ragioni della libertà. Il comunismo nella riflessione liberale e democratica del Novecento*, a cura di F. Sbarberi, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, pp. 206-226.

PAOLO SLONGO

MONTAIGNE E LA GIUSTIZIA ZOPPA

Nel capitolo conclusivo degli *Essais* (III, xiii), intitolato «De l'expérience», Montaigne deplora la moltiplicazione incessante delle leggi che si illude di poter contrastare la proliferazione delle *glosse* giuridiche, e cioè «il potere dei giudici» nell'interpretazione delle leggi, quando queste si rivelano infinite e portano, in sede di giudizio, a delle sentenze incerte nei loro stessi fondamenti. Chi agisce così, come fece Giustiniano, non si rende conto «che c'è tanta libertà e ampiezza nell'interpretazione delle leggi quanta nella fabbricazione di esse» (III, xiii, 1065; 1423-1424)⁽¹⁾. Il les-

(1) Si risente qui la polemica degli umanisti contro le carenze metodologiche di glossatori e commentatori, cioè «verso il modo disinvolto con cui essi avevano maneggiato il diritto romano» (P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 90). Si veda, su questa polemica, V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, Giuffrè, 1962, capitolo II: *Antiromanesimo e nazionalismo giuridico*, pp. 95-170. Per una sintesi più recente, cfr. J.-M. CARBASSE, *Coutume, temps, interprétation*, in «Droits», 30 (2000), pp. 15-28. Sul quadro storico e costituzionale nel quale si colloca il discorso di Montaigne, e sul dibattito intorno al diritto consuetudinario nel secolo XVI in Francia, cfr. H. HÖPFL, *Fundamental Law and the Constitution in Sixteenth-Century France*, in *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, hrsg. von R. Schnur, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, pp. 327-356. Ci permettiamo di rinviare, su questo, al nostro *Genealogie della consuetudine nell'epoca delle guerre di religione in Francia*, in «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», XXX (2018), 58, pp. 155-176. Da qui in poi citeremo gli *Essais* da questa traduzione: Michel de MONTAIGNE, *Saggi* (1966), a cura di F. Garavini, 2 voll., Milano, Adelphi, 2002; nel corpo del testo, tra parentesi in cifra romana il numero del libro e del capitolo, poi la pagina dell'edizione francese (MONTAIGNE, *Les Essais*, éd. Villey-Saulnier, Paris, PUF, 2004⁴) e della succitata traduzione di Fausta Garavini. Le lettere *a*, *b*, *c* indicano i tre diversi strati cronologici del testo.

sico giuridico è frequentemente mobilitato nella scrittura *Saggi*⁽²⁾ e allo stesso tempo messo in tensione tanto da farne l'emblema di una tendenza generale del *discorso* degli uomini⁽³⁾. Il paradigma negativo di questa propensione «à nous entregloser» è quello della retorica giudiziaria: «Infatti abbiamo in Francia più leggi di tutto il resto del mondo insieme⁽⁴⁾, e più di quante ne occorrerebbero per governare tutti i mondi di Epicuro» (III, xiii, 1066; 1424). La messa in forma di legge non renderà mai ragione, per Montaigne, dell'infinita varietà e differenza dei «casi» e degli eventi che così si tratterebbe di governare, cioè della irriducibile natura circostanziale delle azioni in cui si esprime la vita del corpo sociale, la sua «contexture» plurale sempre mutevole e, quindi, il suo diritto. La «presunzione» e la «vanità» del legislatore va qui di pari passo con quella della medicina, che cerca di imporre *al corpo* le sue regole e i suoi «nomi», forzandone la spontanea capacità di produrre da sé la propria *salute*.

Così, esplicitando la corrispondenza del discorso giuridico con quello proprio ad ogni rappresentazione che pretenda di classificare e contenere «la variazione degli esempi», Montaigne può aggiungere:

Che cosa hanno guadagnato i nostri legislatori a trascogliere centomila specie e fatti particolari e applicarvi centomila leggi? Questo numero non ha alcuna proporzione con l'infinita varietà delle azioni umane. La moltiplicazione delle nostre invenzioni non raggiungerà mai la variazione degli esempi (*n'arrivera pas à la variation des exemples*). Aggiungetevene cento volte tanti: non accadrà per questo che fra gli avvenimenti futuri se ne trovi qualcuno che, in tutto questo gran numero di migliaia di avvenimenti scelti e regi-

⁽²⁾ Si veda su questo R. RAGGHIANI, *Le lexique du droit dans les Essais de Montaigne*, Istituto nazionale di studi sul Rinascimento. Quaderni di «Rinascimento», vol. 53, Firenze, Olschki, 2019.

⁽³⁾ Sul nesso tra il modello giuridico della *glose* e la struttura dell'*essai* rinviamo all'interpretazione fornita da A. TOURNON nel suo *Montaigne. La glose et l'essai* (1983), Paris, Champion, 2002.

⁽⁴⁾ Le osservazioni fatte da Montaigne a proposito della inutile proliferazione delle leggi in Francia esprimevano una opinione diffusa nella cultura del tempo e saranno più tardi riprese da Pascal, che se ne servirà per meglio argomentare la propria valutazione del pensiero montaigniano (B. PASCAL, *Colloquio con M. de Saci*, in ID., *Pensieri, Opuscoli, Lettere*, a cura di A. Bausola e R. Talella, Milano, Rusconi, 1984, pp. 317-318).

strati, ne incontri un altro al quale si possa unire e col quale possa combaciare così esattamente che non vi resti qualche circostanza e diversità (*quelque circonstance et diversité*) che richieda una diversa considerazione di giudizio. C'è poco rapporto fra le nostre azioni, che sono in perpetuo mutamento, e le leggi fisse e immobili. (III, xiii, 1066; 1424)

Le azioni degli uomini comportano sempre un 'resto', un'eccedenza irriducibile alla fissità di una legge immobile, proprio perché in ciascuna di queste azioni rimarrà sempre « qualche circostanza e diversità » come *effetto* del loro essere, cioè della struttura stessa del loro accadere, *en perpétuelle mutation*. Il carattere intrinsecamente dinamico dell'agire umano, la sua natura *eventuale*, è esattamente ciò che le leggi « immobili » non possono contenere, col quale possano 'combaciare' esattamente, per quanto le si moltiplichino: « e credo inoltre — aggiunge Montaigne — che sarebbe meglio non averne affatto che averne un tal numero come abbiamo noi ». Lungi dal costituire quella « vertu royale »⁽⁵⁾, ancora evocata allusivamente nel capitolo « Des coches » (« La virtù regale sembra consistere soprattutto nella giustizia », leggiamo in III, vi, 903; 1202), la giustizia non appare ormai, nell'ultimo capitolo degli *Essais*, che nella precarietà e nell'erranza delle sue pratiche effettive⁽⁶⁾.

1. Una delle critiche più radicali si trova espressa proprio in un lungo sviluppo postumo del capitolo « De l'expérience », che chiude l'insieme dei *Saggi*. Questo passaggio riassume con grande

⁽⁵⁾ In generale, sulla concezione 'premoderna' della giustizia, si veda P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995; molto consonante con questa prospettiva, G. DUSO, *La libertà moderna e l'idea di giustizia*, in « Filosofia politica », XV (2001), 1, pp. 5-28. Si veda anche P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000.

⁽⁶⁾ Su questo aspetto della critica di Montaigne alla giustizia resta fondamentale H. FRIEDRICH, *Montaigne*, Bern, Francke Verlag, 1949, cap. 3. La trattazione più esauriente e sistematica su Montaigne e il diritto è quella di M. KÖLSCH, *Recht und Macht bei Montaigne*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, di cui si veda in part. il capitolo terzo, intitolato *Ordnungsversuche*, pp. 60-97. Su questo ci permettiamo di rinviare anche a P. SLONGO, *Governo della vita e ordine politico in Montaigne*, Milano, FrancoAngeli, 2010, pp. 203-247.

precisione le accuse ricorrenti formulate, lungo tutto il corso dell'opera, nei confronti del funzionamento ordinario della giustizia:

Considerate la forma di questa giustizia che ci regge (*Considérez la forme de cette justice qui nous regit*): è una vera testimonianza dell'umana debolezza (*de l'humaine imbecillité*), tante contraddizioni ed errori vi sono. L'indulgenza e il rigore che troviamo nella giustizia, e dell'una e dell'altro ce n'è così gran quantità che non so se vi si trovi altrettanto spesso il giusto mezzo fra i due, sono parti malate e membra deformi del corpo stesso e dell'essenza della giustizia (*membres injustes du corps mesmes et essence de la justice*). Alcuni contadini sono venuti poco fa ad avvertirmi precipitosamente che hanno lasciato or ora in una foresta che mi appartiene un uomo ferito da cento colpi, che respira ancora e che ha chiesto loro dell'acqua per pietà e aiuto per sollevarlo. Dicono che non hanno osato avvicinarlo e se ne sono scappati via, per paura che gli uomini della giustizia (*les gens de la justice*) li cogliessero sul posto e, come si fa con coloro che sono trovati vicino a un uomo ucciso, dovessero render conto di quell'incidente a loro completa rovina, non avendo né capacità né denaro per difendere la loro innocenza. Che cosa avrei dovuto dir loro? È certo che questo dovere di umanità li avrebbe messi in difficoltà (III, xiii, 1070; 1430-1431).

Qui, la critica alla forma generale della giustizia è illustrata da un esempio concreto, che apre uno squarcio improvviso — come spesso accade in Montaigne — sulla feroce scena storica della Francia delle guerre civili di religione e che manifesta lo scarto radicale che separa la *ratio* di una legge e la sua applicazione effettiva⁽⁷⁾, fino a produrre il risultato opposto rispetto a quello cercato. La situazione che vi è descritta ripropone, nella sua inaggirabile e cruda realtà, la questione cruciale del *iustus* nello *ius*: come far coincidere la regola generale e il caso singolare?⁽⁸⁾ Come evitare, cioè, che la ricerca della giustizia sia immediatamente deviata rispetto allo scopo che la norma che la do-

(7) Un'accurata ricostruzione storica del diritto moderno nella Francia nel XVI secolo si trova in V. PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali*, Napoli, Jovene, 1990 e ID., *La formazione storica del diritto moderno francese. Dottrina e giurisprudenza del secolo XVI*, in ID., *Itinera juris. Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 113-144.

(8) La questione del rapporto tra il 'caso' e la regola giuridica è al centro di un celebre saggio di Y. THOMAS, *L'extrême et l'ordinaire. Remarque sur le cas médiéval de la communauté disparue*, ora in ID., *Les opérations du droit*, M.A. Hermitte et P. Napoli (éd.), Paris, Gallimard-Seuil, 2011, pp. 207-237.

rebbe realizzare si propone? E cioè che il diritto posto possa rovesciarsi in grave ingiustizia? ⁽⁹⁾

L'esempio di questi contadini disorientati e spaventati, manifesta per Montaigne il disaccordo strutturale tra una certa idea della giustizia e il suo inevitabile 'istituirsi' in regole e procedure. Queste si rovesciano quasi sempre, infatti, contro la maniera 'naturale', o *ingenua*, di sentire e di agire che spontaneamente sembra essere *giusta*: nel caso specifico, soccorrere l'altro che soffre. Le regole della giustizia, istituite — in forza di un ordinamento — per le necessità della vita in comune in una comunità definita da una sfera di azione condivisa sono, così, presentate come una «vera testimonianza della umana debolezza», cioè come *effetti* dell'ontologia difettiva che marca l'umano; chi vuol saggiare e applicare le leggi e i costumi nel loro carattere di «realtà» anch'esse instabili e mutevoli, deve seguirne i mutamenti compiendo il maggior numero possibile di «esperimenti», a seconda di come esse di volta in volta gli si presentano ⁽¹⁰⁾. Montaigne intende non tanto il contrassegno di una «imbécillité», o di una cecità connaturata ai legislatori (anche se questa possibilità non è da escludere), quanto piuttosto e soprattutto l'incapacità di far discendere da queste regole una pratica capace di sfuggire al formalismo del diritto ⁽¹¹⁾. Questa «imbécillité» sembra infatti rinviare qui più che ad una mancanza di intelligenza a una debolezza costitutiva, a una malattia irrimedi-

⁽⁹⁾ Alla giustizia in Montaigne è dedicato il numero del «Bulletin de la Société des Amis de Montaigne» (d'ora in poi «BSAM»), *La Justice*, VIIIème série, janvier-juin 2001, 21-22.

⁽¹⁰⁾ E. AUERBACH, *Mimesis. Il realismo nella letteratura occidentale* (1946), 2 voll., Torino, Einaudi, 2000, p. 35.

⁽¹¹⁾ Così, il giudizio si deve esercitare, in «Dell'esperienza», proprio su ciò che le leggi sono diventate nel corso della drammatica esperienza storica della Francia dilaniata da una feroce guerra civile che ne mette in pericolo l'esistenza stessa come comunità politica, minacciando la sua dissoluzione. «La visione pessimistica — che Montaigne, esperto di diritto, contempla con i suoi occhi venati di un corrosivo scetticismo — si traduce in una diagnosi puntuale di che cosa sia diventata la *loy* in Francia nella seconda metà del Cinquecento: una norma che si autolegittima come legge, cioè come volizione di un soggetto sovrano» (P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia?*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 32-33).

diabile: «Così le leggi servono, e così si adattano ai nostri affari, per qualche interpretazione contorta, forzata e obliqua» (III, xiii, 1070; 1430-1431). Se Montaigne accosta così spesso la giustizia alla medicina, infatti, è perché entrambe si dimostrano incapaci di trovare dei veri rimedi ai mali di cui soffrono gli uomini, arrivando anzi il più delle volte, sia l'una che l'altra, ad aggravarli, dal momento che sono nel loro stesso *corpo* composte a loro volta di «parti malate e membra deformi». Nel seguito di questo passo del capitolo «De l'expérience», infatti, Montaigne accentua la sua critica della giustizia *stabilita*, evocando la questione dell'errore giudiziario e soprattutto la difficoltà di porvi rimedio o anche soltanto di riconoscerlo all'interno di una procedura⁽¹²⁾ capace di correggere sé stessa:

Quanti innocenti abbiamo scoperto che sono stati puniti, dico senza colpa dei giudici; e quanti ce ne sono stati che non abbiamo scoperto? Questo è accaduto ai miei tempi: certe persone sono condannate a morte per un omicidio, la sentenza, se non pronunciata, è, per lo meno, conclusa e stabilita. A questo punto i giudici sono avvertiti dagli ufficiali di una corte subalterna vicina che essi detengono alcuni prigionieri i quali confessano esplicitamente quell'omicidio, e portano su tutto questo fatto una luce indubitabile. Si delibera se per questo si debba interrompere e differire l'esecuzione della sentenza stabilita contro i primi. Si considera la novità dell'esempio e la sua importanza per sospendere i giudizi; che la condanna è stata emessa, i giudici non hanno possibilità di ripensamento. Insomma quei poveri diavoli sono sacrificati alle formule della giustizia (*sont consacrez aux formules de la justice*). (III, xiii, 1070-1071; 1431)

Quest'ultima formula — specialmente il verbo utilizzato da Montaigne — è sorprendente. Se degli esseri umani si vedono «consacrare» alle formule della giustizia, ciò evidentemente non accade nel senso di una 'dedizione', cioè nel senso in cui ci si consacra a qualcosa di alto e di nobile com'è la Giustizia, ma piuttosto

⁽¹²⁾ Tra i contributi legislativi che imposero i modelli processuali di età moderna, l'*ordonnance* di Francesco I del 1539, nota come *ordonnance* di Villers-Cotterets, espresse con chiarezza quella vocazione alla *procedura* che avrebbe trovato piena conferma nella trama articolatissima dell'*ordonnance criminelle* del 1670, vero monumento riassuntivo della procedura penale di Antico Regime (J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, avec la collaboration de P. Vielhaure, Paris, PUF, 2014³, pp. 215-235).

sto nel senso di un rituale ‘sacrificale’ di cui essi, « quei poveri diavoli », sono le vittime innocenti o, come forse direbbe René Girard, « *le bouc émissaire* »⁽¹³⁾, dato che essi sono i malcapitati ai quali un fulmine — quello della legge — piove sulla testa⁽¹⁴⁾, innocenti votati all’espiazione di una colpa che non hanno commesso, ma che una comunità non può accettare di lasciare impunita⁽¹⁵⁾.

La giustizia apparirebbe allora come una divinità crudele che reclama il sacrificio di esseri umani in ragione della sua supposta onnipotenza sovrana. Questo sacrificio spietato operato da un’istituzione che preferisce condannare degli innocenti piuttosto che riconoscere il suo scacco o i suoi errori, non è tuttavia qualcosa di irreparabile per Montaigne. Egli evoca un esempio di compromesso accettabile, benché necessariamente *claudicante*:

Filippo, o qualche altro, ovviò a un inconveniente simile in questo modo: aveva condannato a grosse multe un uomo invece di un altro, con un giudizio definitivo. Scoprendosi la verità qualche tempo dopo, si trovò che aveva giudicato ingiustamente. Da una parte c’era la ragione della causa, dall’altra la ragione delle formule giuridiche. Egli soddisfece in certo modo ad ambedue, lasciando la sentenza qual era e riparando di tasca sua il danno del condannato⁽¹⁶⁾. Ma si trovava di fronte a un fatto riparabile; i miei furono impiccati irrimediabilmente. Quante condanne ho visto più criminali del crimine? (III, xiii, 1071; 1431-1432).

⁽¹³⁾ R. GIRARD, *Il capro espiatorio* (1982), Milano, Adelphi, 1987. Sul tema, da un’altra prospettiva, G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995.

⁽¹⁴⁾ GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia?* cit., p. 17.

⁽¹⁵⁾ GIRARD, *Il capro espiatorio*, cit., pp. 129-134; sulla relazione tra giustizia e ‘sacrificio’, R. GIRARD, *La Violenza e il sacro* (1972), Milano, Adelphi, 1980, pp. 38-39. Il sistema giudiziario *razionalizza* la vendetta, per Girard, « riesce a suddividerla e a limitarla come meglio crede; la manipola senza pericolo; ne fa una *tecnica* estremamente efficace di guarigione e, secondariamente, di prevenzione della violenza » (ivi, pp. 40-41). Si veda in proposito R. ESCOBAR, *Metamorfosi della paura*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 169 e ss.

⁽¹⁶⁾ L’esempio si trova in PLUTARCO, *Apophtegmata*, nei *Moralia* che Montaigne legge nella famosa traduzione di J. AMYOT, *Les Œuvres morales et mêlées de Plutarque, traduites du grec en François par Messire Jacque Amyot*, à Paris, de l’Imprimerie de Michel de Vascosan, 1572.

L'esempio invita — dunque — a *rimediare* a quella sorta di intangibilità quasi sacra del giudizio emesso, dal momento che esso è contraddetto da una prova fattuale che dovrebbe essere capace di produrre retroattivamente un effetto di rettifica e di riparazione. Nell'*Etica Nicomachea* (1137b 5-28) Aristotele aveva sostenuto che, a causa dell'universalità della legge, in rapporto al concreto caso singolo diventa talvolta necessario ricercare un parametro con cui correggere quell'«ingiustizia legale» cui la mera legalità formale può giungere, e aveva chiamato questa superiore forma di giustizia: *epieikeia* ⁽¹⁷⁾.

Ma la conclusione di Montaigne, che prende qui la forma di una sentenza complessiva, insiste sui crimini «ordinari» della giustizia, più *ingiuriosi*, vale a dire più ingiusti (che *ingiuriano* il nome stesso della giustizia), che il crimine stesso. Tutta la «maniera» di Montaigne è così condensata in quell'ultima frase, una tarda integrazione aggiunta in margine al suo esemplare dell'edizione del 1588 dei *Saggi*, che condanna senza appello la presunzione indebita di cui si compiace la giustizia, nel modo in cui è rappresentata dal diritto posto, e concretamente applicata dai giudici nei tribunali.

⁽¹⁷⁾ «Ora, questo tipo di giustizia è virtù completa, non in generale (*ouk aplos*), ma riguardo al prossimo (*pròs eteron*)» (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 3, 1130a, 3-4; trad. a cura di C. Natali, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 175). Dopo aver analizzato il rapporto intercorrente fra equo (*epieikés*) e giusto (*dikaíos*), ed aver specificato che l'equo «è sì giusto (*tò epieikès dikaion mèn estin*), ma non il giusto secondo la legge (*tò katà nomon*)», Aristotele aggiunge che esso deve essere considerato come «una correzione del giusto legale», infatti «è questa la natura dell'equo: di essere correzione della legge, nella misura in cui essa viene meno a causa della sua formulazione universale» (*Etica Nicomachea*, V, 1137b, 10-15; trad. cit., p. 215). Nei traduttori e nei commentatori umanisti si trova *æquitas & bonitas*, o più semplicemente *æquitas*. Si veda sull'uso giuridico di questo principio, I. MACLEAN, *Interpretation and Meaning in the Renaissance: The Case of the Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1992, pp. 175-177. Si veda anche A.M. ROBBIATI-GASTALDI, *De l'équité, mesure vertueuse de la justice*, in «BSAM», *La Justice*, cit., pp. 81-86; nello stesso numero della rivista, cfr. F. RIGOLOT, *Nicomaque et la règle de plomb: Fictions légitimes et illégitimes de la justice montaignienne*, pp. 87-98 e U. LANGER, *Justice légale, diversité et changement des lois: de la tradition aristotélicienne à Montaigne*, ivi, pp. 223-231.

2. Nel seguito del capitolo «De l'expérience», Montaigne estende il suo proposito enumerando, alla maniera platonica dei primi libri della *Repubblica*, diverse concezioni della giustizia:

(b) Tutto questo mi fa ricordare quelle antiche opinioni: che è giocoforza far torto al dettaglio (*de faire tort en detail*) se si vuol far giustizia all'ingrosso, e fare ingiustizia nelle piccole cose se si vuol riuscire a far giustizia nelle grandi, che la giustizia umana è foggata sul modello della medicina, secondo il quale tutto ciò che è utile è anche giusto e onesto, e quello che sostengono gli stoici, che la stessa natura procede contro giustizia, nella maggior parte delle sue opere; (c) e quello che sostengono i cirenaici, che non c'è nulla che sia giusto in sé, che gli usi e le leggi formano la giustizia; e i teodoriani, che trovano giusto per il saggio il furto, il sacrilegio, ogni sorta di lussuria, se egli riconosce che gli sia di profitto. (b) Non c'è rimedio. Su questo punto sono ben deciso, come Alcibiade: non mi presenterò mai, se mi sarà possibile, a un uomo che decida della mia testa, in una situazione in cui il mio onore e la mia vita dipendano dall'abilità e dallo scrupolo del mio procuratore più che dalla mia innocenza. Mi arrischierei ad affrontare una giustizia che mi riconoscesse il ben fatto come il mal fatto (*du bien fait comme du malfait*), dalla quale avessi tanto da sperare quanto da temere. L'essere incensurato non è moneta sufficiente per un uomo che fa meglio che non mancare. La nostra giustizia ci presenta solo una delle mani, e per di più la sinistra. Chiunque ne esce con svantaggio. (III, xiii, 1071; 1432)

Questo lungo passaggio dell'ultimo capitolo riassume molti motivi sui quali vale la pena di soffermarsi. Non si tratta più soltanto, per Montaigne, di constatare l'estrema diversità delle leggi e dei costumi, e di concluderne l'impossibilità di determinare dei criteri universali di giustizia, inducendo così ad un 'relativismo' giuridico e morale. Questo tema è ben noto⁽¹⁸⁾, si trova esposto a più riprese nel corso degli *Essais* e alimenta una parte essenziale dello *scetticismo* o del cosiddetto 'pirronismo' di Montaigne⁽¹⁹⁾,

(18) E largamente trattato dalla critica. Si vedano, solo a titolo di esempio, G. NICOLETTI, *Montaigne il relativo*, in Id., *Saggi e idee di letteratura francese*, Bari, Laterza, 1965, pp. 68-82; A. VOGET, *Montaigne and the Homo mensura: A Study of Relativism in Montaigne*, in «Comitatus: Studies in Old and Middle English Literature», 8 (1977), pp. 27-47; Ph. DESAN, *Naissance de la méthode (Machiavel, La Ramée, Bodin, Montaigne, Descartes)*, Paris, Nizet, 1987, cap. 5.

(19) Sul 'pirronismo' di Montaigne la bibliografia è vastissima. Si vedano, almeno, M. CONCHE, *Montaigne et la philosophie*, Paris, PUF, 1996, cap. II, pp. 27-42; Id., *Pyrrhon ou l'apparence*, Villers-sur-Mer, Éditions de Mégare, 1973; J.Y. POUILLOUX, *Montaigne. L'éveil de la pensée*, Paris, Champion, 1995; TOURNON, *Montaigne. La glose et l'essai*, cit., cap. 5 e 6; F. BRAHAMI, *Le Scepticisme de Montaigne*, Paris,

nutrito dalla sua lettura dei testi di Sesto Empirico, in particolare gli *Schizzi pirroniani*. Tuttavia, c'è di più: la diversità delle opinioni dei filosofi sull'essenza della giustizia conferma, certo, una discordanza irrimediabile che nessun magistero della ragione è in grado di *risolvere*. Ma ciò che Montaigne vuole sottolineare è qualcos'altro: la presunzione che porta l'istituzione giudiziaria a non cercare i meriti, ma esclusivamente *la colpevolezza*. Se davvero mirasse all'*equità*, come Montaigne suggerisce ironicamente qui, la giustizia dovrebbe presentarsi con entrambe le mani, ma di fatto essa invece non si presenta mai se non con una sola, la mano sinistra, quella dell'accusa. Non si tratta soltanto di un'incapacità, e neanche di un'assenza di rigore che allontanerebbe irrimediabilmente la ragione 'giudiziaria' dalla rettitudine di un giudizio equo. La mano sinistra della giustizia è, piuttosto, questa propensione insopprimibile di presumere la colpevolezza di un uomo, cioè una propensione generale del giudizio che si trova così imprigionato dentro le formule stesse della legge: la critica a una simile *obbedienza* alla forma⁽²⁰⁾, i cui effetti come abbiamo visto sono talvolta tragici e irreparabili, è una delle istanze più potenti dello 'scetticismo' di Montaigne. L'insufficienza della «mano sinistra» della giustizia legale è una modalità in cui si manifesta l'andatura *storta e zoppicante* della ragione e del giudizio, già lungamente analizzata da Montaigne nella «Apologie de Raymond Sebond»:

e quindi si può trovare appena un'ora nella vita in cui il nostro giudizio si trovi nelle condizioni dovute, essendo il nostro corpo soggetto a tanti continui mutamenti (*tant de continuelles mutations*), e corredato di tante molle che (a sentire i medici) è davvero difficile che non ce ne sia sempre qualcuna che tiri di traverso. Del resto, questa malattia non si scopre tanto facilmente, se non è proprio gravissima e irrimediabile, poiché la ragione va sempre storta e zoppicante (*en torte et boiteuse*) e sciancata, sia in compa-

PUF, 1997; S. GIOCANTI, *Penser l'irrésolution: Montaigne, Pascal, La Mothe Le Vayer. Trois itinéraires sceptiques*, Paris, Champion, 2001; EAD., *L'écriture du scepticisme chez Montaigne*, Actes des journées d'étude (15 au 16 novembre 2001) réunis et publiés par M.-L. Demonet et A. Legros, Genève, Droz, 2004.

⁽²⁰⁾ Questo tema è al centro del libro di M. CACCIARI e N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, La Nave di Teseo, 2019, che descrive come la complessità dell'oggi renda ancor più articolata la relazione, già *inquieta*, tra norma e giustizia, *Nomos* e *Dike*.

gnia della menzogna sia in compagnia della verità. Così è difficile scoprire il suo errore e traviamiento. (II, xii, 565; 749)

Superflua diviene la stessa idea della legge, essenziale piuttosto diviene qui l'*azione* del tribunale. L'imputato si rivolge alla legge perché intervenga ad in-formare l'azione del tribunale, ma questa legge «condanna» indipendentemente da quel che fanno i giudici, oppure, questa legge non consiste che in quel che fanno i giudici: in entrambi i casi questa legge appare a Montaigne inappellabile e inesorabile, *irreparabile*. Meglio, quindi, evitare di *incontrare* la giustizia — storta e zoppicante — di questa legge, dal momento che essa applica quasi meccanicamente le sue procedure di accusa e, spesso, di condanna *anticipata*. Qui la giustizia, che dovrebbe «vedere» per misurare-giudicare, e dunque mantenere in equilibrio la sua bilancia, appare veramente *cieca*. Nulla è rimasto ormai della potenza 'sacrale' della giustizia. L'osservazione critica che la 'demistifica' assume così un significato particolare se si tiene conto che Montaigne stesso aveva ricoperto la carica di magistrato per circa un quindicennio, prima presso la «Cour des Aides» del Périgueux, poi presso una delle due «Chambres des enquêtes» del Parlamento di Bordeaux⁽²¹⁾. L'attività di Montaigne come consigliere al Parlamento di Bordeaux è oggi ben conosciuta e studiata e, nonostante gli scarsi cenni che egli ne fa nel corso degli *Essais*, il suo lavoro alla «Chambre des enquêtes» è largamente attestato⁽²²⁾. E, tuttavia, è proprio alla critica della Giustizia così come era praticata nel suo tempo, nel suo esercizio quotidiano nei tribu-

(21) Cfr. Ph. DESAN, *Montaigne: A Life*, Princeton, Princeton Univ. Press, 2019, pp. 48-111.

(22) Si veda l'articolo di K. ALMQUIST, *Quatre arrêts du Parlement de Bordeaux, autographes inédits de la main de Montaigne*, in «BSAM», 1998, 9-10, pp. 13-38. Ma anche EAD., *Montaigne et la politique du Parlement de Bordeaux*, in *Montaigne politique. Actes du colloque international tenu à University of Chicago (Paris) les 29 et 30 avril 2005*, sous la direction de Ph. Desan, Paris, Champion, 2006, pp. 127-138; sul contesto storico nel quale il Parlamento di Bordeaux si trova ad operare negli anni delle guerre di religione cfr., nello stesso volume, A.-M. COCULA, *La Guyenne pour Montaigne: un observatoire et un laboratoire d'histoire*, ivi, pp. 177-201. Sul ruolo giuridico e politico dei Parlamenti, in particolare di quello di Parigi, negli anni della guerra civile, si veda, almeno, l'importante volume di S. DAUBRESSE, *Le Parlement de*

nali, che Montaigne dedica molte pagine dell'opera. Si può anzi dire, ed è stato autorevolmente sostenuto, che l'elogio montaignano della «vie basse et sans lustre», che risuona ancora fin nelle ultime pagine dei *Saggi*, debba molto ad una forma di pensiero che si è deliberatamente costituita *dentro e contro* il discorso giuridico e gli atti giudiziari, che Montaigne ha avuto modo di conoscere e praticare⁽²³⁾. Più e più volte egli esprime, riguardo a questi atti e a questo discorso, tutta la sua stanchezza e il suo «*dégout*»: ma, come vedremo, non si tratta tanto, o non soltanto, di una riprovazione 'morale', quanto piuttosto dell'impossibilità a far proprio un discorso che appare progressivamente a Montaigne incapace della minima 'tenuta' sul piano della credibilità politica e che deve essergli sembrato necessario, nell'impossibilità di continuare a sostenerlo nella sua funzione pubblica di magistrato, collocare al cuore degli *Essais*. L'esigenza di una riforma della Giustizia era assai diffusa nella cultura giuridica e politica al tempo di Montaigne, per lo più come ristabilimento della sua forma antica, ma anche come sforzo di rimettere ordine nelle pratiche politiche e giudiziarie. Si trattava di porre rimedio, insomma, alle ingiustizie ed agli abusi introdotti con il tempo e favoriti dai *troubles* delle guerre civili⁽²⁴⁾. La critica della giustizia stabilita, spesso veemente e reiterata negli *Essais*, verte sempre su punti precisi perché è nutrita da un'esperienza diretta, di prima mano, che porta Montaigne a istituire una distinzione netta tra il *vero nome* di giustizia e la sua «usurpazione» irrimediabile, nelle istituzioni e nelle effettive pratiche giudiziarie⁽²⁵⁾.

Paris ou la voix de la raison (1559-1589), Genève, Droz, 2005, in part. pp. 13-66 e 247-311.

⁽²³⁾ Cfr. TOURNON, *Montaigne. La glose et l'essai*, cit.; ID., «Route par ailleurs». *Le 'nouveau langage' des Essais*, Paris, Champion, 2006, in part. pp. 249-270, e ID., *Le grammairien, le juriconsulte, et l'«humaine condition»*, in «BSAM», 1990, 21-22, pp. 107-118. Cfr. B. FONTANA, *Montaigne's Politics: Authority and governance in the Essais*, Princeton, Princeton Univ. Press, 2008, pp. 26-44.

⁽²⁴⁾ Cfr. J. NAGLE, *La civilisation du cœur, histoire du sentiment politique en France du XIIe au XIXe siècle*, Paris, Fayard, 1998. Secondo l'autore, il principio di questi tentativi di riforma è di ritornare all'equilibrio o almeno all'armonia dei tre Ordini. Si veda anche J.-M. CARBASSE, *L'introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2001³, p. 195.

Il magistrato Montaigne, in questo caso, si trova in una posizione privilegiata⁽²⁶⁾ per osservare quanto sia preferibile, soprattutto quando si sia innocenti, non aver a che fare con il giudice, «*comme juge*», cioè con il dispositivo giudiziario che — al di là anche delle sue stesse intenzioni — non può lasciare uscire ‘in-denne’ chi sia *preso* nelle sue maglie e incappi nelle sue *storture*. In questa stessa direzione si può leggere, nel capitolo «*De mesnager sa volonté*», un rilievo che cerca di distinguere ciò che concerne gli uffici «pubblici» dai privati, vale a dire, secondo la celebre formula montaignana: «*distinguer la peau de la chemise*» (II, x, 1011). Riprendendo, in questo stesso capitolo, una notazione dal *De officiis* di Cicerone⁽²⁷⁾, Montaigne indica la sua ripugnanza a ricorrere ai metodi ordinari della giustizia e il suo rifiuto di ogni attitudine puramente *procedurale*:

(b) Quante volte mi son fatto un’ingiustizia ben evidente per fuggire il rischio di riceverne una ancora peggiore dai giudici, dopo un secolo di fastidi e di sporche vili pratiche (*viles pratiques*), più contrarie alla mia natura di quanto lo siano la tortura e il fuoco? (III, x, 1017-1018; 1358-1359).

3. Il senso per *l’ingiustizia* emerge negli *Essais* come l’elemento che consente il giudizio, ma anche la sua sospensione, necessaria come nel celebre *caso* citato da Montaigne nel capitolo undicesimo del libro terzo⁽²⁸⁾, «*Degli zoppi*», cioè quello di un famoso processo del suo tempo, il processo «*Martin Guerre*»:

(25) Nel XVI secolo la definizione della *giustizia* è assai estesa. Come spiega M. Reulos, il termine di «giustizia», nella lingua amministrativa e giuridica francese, designa non soltanto la giustizia resa nelle controversie tra le parti, ma anche la giustizia ‘preventiva’ che consiste nel *far vivere* gli uomini in pace e nell’evitare le liti: «il s’agit d’une véritable activité législative — egli scrive — dans nos conceptions modernes» (M. REULOS, *L’importance des pratiques dans l’humanisme juridique*, in ID., *Pédagogues et juristes*, Paris, Vrin, 1963, p. 130).

(26) Sull’ufficio del ‘magistrato’ in Montaigne ci permettiamo di rinviare a P. SLONGO, *Comunità di discorso e obbedienza al magistrato nei «Saggi» di Montaigne*, in «*Filosofia politica*», XXXIII (2019), 2, pp. 303-319.

(27) CICERONE, *De officiis*, II, xviii. Il *De officiis* è una delle fonti maggiori dei *Saggi* (A. TOURNON, *Justice oblige*, in «*BSAM*», 2001, 21-22, p. 73).

(28) Per l’analisi di questo capitolo cfr. G. NAKAM, *Les Essais de Montaigne, miroir et procès de leur temps. Témoignage historique et création littéraire*, Paris, Nizet,

(b) Vidi nella mia infanzia un processo che Coras⁽²⁹⁾, consigliere di Tolosa, fece stampare, su un fatto strano. Di due uomini che si presentavano l'uno in vece dell'altro. Mi ricordo (e di nessun'altra cosa mi ricordo così bene) che mi sembrò che egli avesse reso l'impostura di colui che giudicò colpevole così piena di prodigi ed eccedente a tal punto le nostre conoscenze, e quelle di lui medesimo che era giudice, che trovai molto dura la sentenza che lo aveva condannato ad essere impiccato. (III, xi, 1030;1376).

Senza voler entrare nei meandri dell'*affaire*, che presenta ancor oggi tratti oscuri e persistenti zone d'ombra, Montaigne fornisce tuttavia nel capitolo un numero sufficiente di informazioni «della *boiterie* mentale dei giudici e della giustizia»⁽³⁰⁾ in questa circostanza perché si intuisca il movimento di pensiero che guida qui la sua riflessione di giurista. Riassumendo gli elementi principali del dramma giudiziario «di cui si ricorda come di nessun'altra cosa», Montaigne insiste sul carattere fragile dei resoconti dei fatti e delle accuse stravaganti che precedettero la condanna e portarono, così, all'esecuzione capitale di colui che alla fine fu ritenuto colpevole, Arnaut du Tilh, che sarà dal tribunale irreparabilmente *condamné*

1984, pp. 377-397. Secondo Gerald Nakam, la critica violenta della giustizia francese da parte di Montaigne, soprattutto negli ultimi tre capitoli del terzo libro, riproduce il suo «geste de démission du Parlement [di Bordeaux]», e questa critica corrisponde alle diverse accuse lanciate dai suoi contemporanei, come Henri Estienne e Agrippa d'Aubigné, contro i giuristi dell'epoca. D'altra parte, il «conservatisme» scettico di Montaigne è largamente diffuso nel *milieu* dei giuristi: Antoine Loisel insiste sulla necessità di un diritto positivo, anche a prescindere dal suo fondamento nel diritto naturale, per mantenere l'unità dello Stato, e Estienne Pasquier, pur riconoscendo la variabilità storica dell'opinione, come fonte del diritto, non mette in alcun modo in discussione la legge stabilita (ivi, pp. 131-149). Cfr. N. PANICHI, *I vincoli del disinganno. Per una nuova interpretazione di Montaigne*, Firenze, Olschki, 2004, p. 213 e ss. Cfr. J. O'BRIEN, *Comment être bon juge*, in «BSAM», 2001, 21-22, pp. 185-192.

(29) Il titolo completo della relazione che di questa celebre causa aveva fatto uno dei giudici, Jean de Coras, nel 1561, è: *Arrest memorabile du Parlement de Tolose contenant une histoire prodigieuse de nostre temps avec cent et onze belles & doctes annotations de monsieur maistre Jean de Coras, Conseiller en ladite Cour & rapporteur du proces*, Paris, Galliot du Pré, 1572 (1^a éd. Lyon, Antoine Vincent, 1561). Per una ricostruzione storica del processo «Martin Guerre», cfr. N. ZEMON DAVIS, *Il ritorno di Martin Guerre. Un caso di doppia identità nella Francia del Cinquecento*, Torino, Einaudi, 1984.

(30) PANICHI, *I vincoli del disinganno*, cit., p. 213. Cfr. Ph. DESAN, *Montaigne: penser le social*, Paris, Odile Jacob, 2018, pp. 190-201.

à estre pendu. Infondata, e cioè troppo eccedente le nostre conoscenze e quelle del giudice stesso, oltre che « molto dura » appare a Montaigne la condanna a morte dell'imputato, enorme la pena in rapporto alla materia « da commedia » del crimine⁽³¹⁾. Ciò che appare più fragile risulta la stessa imputazione del crimine, ciò che porta il tribunale a supporre che l'usurpazione da parte del falso marito non avrebbe mai potuto compiersi senza l'intervento di una qualche forma di 'magia' o di stregoneria. Montaigne soprattutto insiste sulla fragilità di questa fatale imputazione. Essa, infatti, rende ancora più oscura la comprensione del caso: la giustizia è cieca proprio di fronte alla *singularità* del caso che ha di fronte. Tutto si gioca nella dimensione di un *accident estrange* e l'azione stessa del tribunale si confonde con questa 'stranezza' e lo porta irreparabilmente all'arbitrio dell'immotivata violenza della sentenza. Di qui la sua conclusione, che evoca ironicamente la possibilità, per la giustizia, di riconoscere, in un caso come questo, la propria *ignoranza*, in altri termini la sua impotenza a interpretare e decidere. Scrive Montaigne:

Adottiamo qualche formula di sentenza che dica: 'la corte non ci capisce niente (*la court n'y entend rien*)', più liberamente e semplicemente di quanto fecero gli aeropagiti, i quali, trovandosi imbarazzati da una causa che non potevano districare (*d'une cause qu'ils ne pouvoient desveloper*), ordinarono che le parti ritornassero dopo cento anni. (III, xi, 1030; 1376).

Possiamo qui ritenere superflua la stessa idea della legge (clemente o inesorabile che sia); essenziale, allora, diviene l'azione del tribunale. In questo caso non si dà che il singolo giudizio, di volta in volta, di questi singoli giudici: nell'applicare la legge, l'arbitrio dei giudici appare qui, a Montaigne, sovrano e inappellabile, esattamente come la singolarità dell'evento. Essi letteralmente non rispondono a nulla. L'evocazione di questo processo memorabile si conclude, dunque, su un precetto che sembra andare nella direzione opposta ad ogni logica *giudiziaria*, poiché esso suppone che il giudice assuma la sua incapacità a pronunciare il giudizio, dal

⁽³¹⁾ Come ha visto molto bene Leonardo Sciascia nella sua *ripresa* del 'caso Martin Guerre' (e del capitolo « Degli zoppi » dei *Saggi*). Cfr. L. SCIASCIA, *La sentenza memorabile*, Palermo, Sellerio editore, 1982, p. 30.

momento che *non sa* discernere in modo chiaro e distinto le cose di cui deve giudicare. Del tutto esposta al caso, mai capace di porre fine all'ondeggiante, imprevedibile dominio della fortuna, la sentenza della corte non riguadagna quella *stabilità* che doveva essere propria della giustizia, ma nella sua unicità irreparabile, irrevocabile e inflessibile, colpisce l'evento, lo colpisce una volta sola e per sempre, senza pietà, nascondendo la propria fondamentale dimensione di *cecità* e di sanguinosa *vendetta*. Vana appare in questo caso la figura del giudice, la sua posa solenne, che *dissimula* in realtà nel suo non sapere un fondo raggelante, irrisolvibile, di *violenza, vendetta, guerra*. Un'affinità originaria⁽³²⁾ fra giustizia e vendetta, violenza e diritto, in cui la legge si mantiene stabilendo una via regia alla violenza, ovvero *forza* capace di spezzare l'infinita spirale della vendetta, «polarizzando sulla vittima i germi di dissenso sparsi ovunque»⁽³³⁾. Questa dissimulazione sottrae alla visione la dimensione propriamente mitica della legge⁽³⁴⁾: è la dissimulazione del giudice che pretende di essere nient'altro che la bocca attraverso cui la legge stessa giudica e insieme rende cieca la giustizia nei confronti di tale suo «fondo» non razionalizzabile. E, infatti, questa riflessione porta Montaigne a estendere subito la sua critica alla questione emblematica⁽³⁵⁾, vivamente dibattuta al-

⁽³²⁾ Sul nesso originario di violenza e diritto nel pensiero politico del Rinascimento, si veda Th. BERNS, *Violence de la loi à la Renaissance. L'originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Paris, Éditions Kimé, 2000, pp. 273-283. Cfr. W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza* (1921), in ID., *Il concetto di critica nel Romanticismo tedesco. Scritti 1919-1922*, a cura di G. Agamben, Torino, Einaudi, 1982, pp. 133-156. Si veda S. CHIGNOLA, «*Etwas Morsches im Recht*». *Su violenza e diritto*, in ID., *Da dentro. Biopolitica, bioeconomia, Italian Theory*, Roma, DeriveApprodi, 2018, pp. 72-88.

⁽³³⁾ GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., p. 21. Per un interessante confronto tra la posizione di René Girard e quella di Carl Schmitt sulla sistematica solidarietà tra la formazione di uno *jus* statale razionale e la teologia, si veda M. CACCIARI, *Diritto e giustizia. Saggio sulle dimensioni teologica e mistica del moderno Politico*, in «Il Centauro. Rivista di filosofia e teoria politica», 2 (1981), pp. 58-81.

⁽³⁴⁾ Si veda M. SPANÒ, *Le parole e le cose (del diritto)*, in appendice a Y. THOMAS, *Il valore delle cose* (2002), Macerata, Quodlibet, 2015, p. 92.

⁽³⁵⁾ Sul carattere di 'emblema' del titolo del capitolo «Degli zoppi», che designa la *claudicanza*, la *boiterie*, sia del *sorcier* che del giurista, cfr. NAKAM, *Les Essais de Montaigne*, cit., pp. 392-393. Anche E. Genz legge nella *boiterie* del saggio una satira

l'epoca, dei processi per stregoneria: «Le streghe dei miei dintorni corrono pericolo di vita per l'opinione di ogni nuovo autore che viene a dar corpo alle loro fantasie» (III, xi, 1031; 1376-1377). Montaigne si oppone frontalmente alla dottrina dominante allora, secondo la quale le streghe erano creature 'possedute', soggette perciò alla giurisdizione dell'Inquisizione. Questa dottrina era stata notevolmente rafforzata dall'autorità di Jean Bodin. Nella sua opera *La démonomanie des sorcieres*, pubblicata nel 1580, cioè nello stesso anno della prima edizione dei *Saggi* e quattro anni dopo la prima edizione dei *Six livres de la République*, Bodin, opponendosi a coloro che non credevano alla stregoneria, allegava l'autorità delle Scritture e gli esempi di stregoneria che vi si trovano e sosteneva l'opinione dominante che esigeva un trattamento propriamente *giudiziario* dei casi di supposta stregoneria⁽³⁶⁾. È dunque molto probabilmente una esplicita allusione alla teoria di Bodin, *nouvel authœur qui vient donner corps* ai sogni dell'immaginazione, ai suoi fantasmi, la frase che Montaigne fa seguire a quella appena citata:

della 'boiterie' mentale dei giuristi. Cfr. H.E. GENZ, *The relationship of title to content in Montaigne's essay «Des Boyteaux»*, in «Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance», 28 (1966), pp. 632-635. Ma sul tema della stregoneria e della demonologia negli *Essais* si veda tutto il capitolo VI del libro di G. Nakam, intitolato «Phobies». Nakam sottolinea come la caccia alle streghe era ancora pressoché assente in Francia sotto il regno di Carlo IX, accusato da Bodin proprio per la sua eccessiva tolleranza, mentre subisce una repentina accelerazione a partire dall'ultimo quarto del secolo e non rifluirà che a partire dalla fine del XVII secolo al tribunale di Bordeaux, dove un tempo «le accuse di stregoneria erano sistematicamente depennate dal ruolo» (cfr. A. BOASE, *Montaigne et la sorcellerie*, in «Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance», 4 (1935), p. 402 e ss.).

⁽³⁶⁾ Per un'analisi approfondita del ruolo della confessione nella persecuzione delle donne accusate di stregoneria nel XVI e nel XVII secolo, si veda V. KRAUSE, *Witchcraft, Demonology, and Confession in Early Modern France*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2015. Si veda soprattutto p. 24, dove Virginia Krause parla dei giudici che facevano false promesse agli accusati. Si veda anche J.-P. DHOMMEAUX-SAU-LEAU, *Montaigne et sa critique de la Justice française*, in «BSAM», 1969, 17, pp. 17-18; V.M. DIONNE, *Montaigne, écrivain de la conciliation*, Paris, Classiques Garnier, 2014, pp. 188-90. Sui processi per stregoneria e le loro *procedure* si veda F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985, pp. 403-457.

Per adattare gli esempi che la parola divina ci offre di tali cose, esempi certissimi e irrefragabili, e applicarli ai nostri avvenimenti moderni occorre ben altra intelligenza che la nostra, poiché noi non ne vediamo né le cause né i mezzi (*ny les causes ny les moyens*)⁽³⁷⁾. Spetta forse a quella sola onnipotente testimonianza dirci: 'Questo è così, e così è quello, e non quell'altro'. A Dio si deve credere, non c'è alcun dubbio; ma non certo a uno di noi, che si stupisce del suo stesso racconto, (e necessariamente se ne stupisce, se non è fuor di senno), sia che lo applichi al fatto altrui sia che lo applichi contro sé stesso. (III, xi, 1031; 1377)

L'ironia è qui, come spesso in Montaigne, acuminata, ma ancora più acuminata la critica all'insufficienza *epistemologica* rivolta contro gli avversari e la loro pretesa vana di appellarsi alle Scritture, applicando la parola divina ai *cas*i moderni.

4. Un altro passaggio del capitolo «Degli zoppi» indica molto nettamente la veemenza del dibattito e dell'accusa rivolta, da Bodin per esempio, contro coloro che dubitano della realtà di questa «causalité diabolique», invocata come fondamento per un *procedimento penale* contro un supposto crimine:

Vedo bene — scrive Montaigne — che si va in collera, e mi si proibisce di dubitarne, sotto pena di punizioni terribili (*sur peine d'injures execrables*). Nuovo modo di persuadere. Per grazia di Dio, la mia fede non si guida a colpi di pugno. Che strapazzino quelli che accusano la loro opinione di falsità; io l'accuso soltanto d'inverosimiglianza e di arditezza, e condanno l'affermazione contraria, egualmente a loro, se non così risolutamente. (III, xi, 1031; 1377-1378)

Dove all'apparente sfumatura corrisponde, con ogni evidenza, un ulteriore affondo critico che ribalta contro l'avversario e il suo «nuovo modo di persuadere» *sur peine*, la violenza intollerante della sua minaccia *d'injures execrables*: in realtà 'soltanto' di inverosimiglianza Montaigne accusa chi vuol guidarlo «a colpi di pugno». Coloro che esprimono dei dubbi sulla pertinenza del trattamento giudiziario della stregoneria sono dunque sospettati di oscure complicità col crimine, oltre che di empietà e di ateismo.

⁽³⁷⁾ La critica di Montaigne in queste pagine è probabilmente ispirata in parte all'opera latina di Jean Wier, tradotta in francese da Jean Grévin col titolo *Cinq livres d'histoires, discours et disputes des illusions et impostures des diables* (1567) (Saggi, cit., p. 1377, nota 1).

Contro questa doppia accusa, Montaigne si diverte a sottolineare la fragilità teorica di quei discorsi che cercano il loro *fundamentum inconcussum* nell'autorità, soprattutto teologica, quando si tratta di faccende umane, soltanto umane. Se la procedura giuridica è una tecnica immanente (*ars*) e perciò umana e fallibile, come ogni altra cosa umana e soggetta anch'essa al perenne *branle* della vita, essa non potrà pretendere di esibire nessuna «verità»; ma se svelasse, così, la sua infondatezza, non avrebbe neppure efficacia, non potrebbe pretendere assoluto riconoscimento e *piena* obbedienza. La più severa e rigida *procedura penale* invocata dagli avversari di Montaigne contro la *sorcellerie* è costretta, allora, a recuperare continuamente una dimensione di trascendenza.

È cosa, infatti, troppo facile — dice Montaigne — far parlare Dio per dar forza al proprio *comando* e ricorrere alla *minaccia* ⁽³⁸⁾, e condannare degli uomini, per mandarli a morte nel rispetto *formale* delle regole di quella «giustizia»:

Chi dà forza al suo discorso con la minaccia e il comando dimostra che la ragione vi è debole. Per una disputa verbale e scolastica, essi possono avere altrettanta apparenza di ragione dei loro contraddittori; ma nella conseguenza effettiva che ne traggono, questi hanno certo la superiorità. Per uccidere la gente ci vuole una chiarezza luminosa e netta; e la nostra vita è troppo concreta ed essenziale (*est nostre vie trop réelle et essentielle*) per servir da garante a tali accidenti soprannaturali e fantastici. (III, xi, 1031; 1378)

Quest'ultima frase eccede la semplice critica della giustizia inquisitoria: essa denuncia piuttosto l'ordinaria presunzione di colpevolezza della ragione 'giudiziaria'. L'amministrazione di questa giustizia si fonda su un'unica certezza: la *forza*, dinanzi alla quale ci si sottomette, riconosciuta giusta per effetto della sua violenza. Non è casuale che Montaigne faccia qui l'esempio del giudizio come unica modalità della *justice*, a prescindere dal fatto che esso sia formulato a partire dall'accertamento della verità degli accadimenti, anche quando la posta in gioco è la vita. Non ci possono essere incertezze, il dubbio non è conciliabile con la legge, sicché

⁽³⁸⁾ «Ciò che minaccia», secondo Benjamin, «appartiene irrevocabilmente» all'ordinamento del diritto (*Per la critica della violenza*, cit., p. 141).

la decisione ha, comunque, luogo, è sempre in atto. Ma la nostra vita è «troppo concreta ed essenziale» per essere sacrificata alla *cecità* di una procedura, quando questa decide dell'intera dimensione della legge. Montaigne fa appello a sant'Agostino, la cui autorità è qui invocata per contrastare il rigore persecutorio dei suoi avversari:

Non andiamo a cercare illusioni estranee e sconosciute, noi che siamo continuamente agitati da illusioni domestiche e nostre. Mi sembra che sia perdonabile non credere a un prodigio, almeno quando si può eliderne e annullarne la prova per via non prodigiosa. E seguo il parere di sant'Agostino, che è meglio inclinare al dubbio che alla sicurezza in cose difficili da provare e pericolose da credere. (III, xi, 1032; 1379)

Il *dubbio* riguarda la questione se la forma proposizionale di un giudizio sia realmente *giusta*. Emerge qui una possibile risposta. La più ovvia: si tratta di verificare se la sentenza, il dettato di legge sia conforme agli accadimenti. In questo caso ciò che è fondamentale è determinare la verità dei fatti, attraverso la loro ricostruzione, con tutte le difficoltà connesse a tale fenomeno: ciò che ha avuto luogo appartiene al passato ed è ricondotto al presente attraverso la memoria, la rielaborazione discorsiva, al punto che il momento della sua unicità si moltiplica, è costruito sulla fragilità dei ricordi e delle testimonianze, sul loro carattere tanto più illusorio e incerto quanto nutrito di illusioni soprannaturali e fantastiche: «Dopo tutto — conclude Montaigne — è mettere le proprie congetture a ben alto prezzo, il voler, per esse, far arrostitire vivo un uomo.» (III, xi, 1032; 1380). Rendendo 'vere' le immaginazioni soprannaturali e fantastiche, la legge, attraverso la procedura di *veridizione* dei tribunali che porta alla confessione del colpevole e alla sua condanna, rende *vere* così anche le proprie congetture e si abbatte sul corpo della vittima che gli sta di fronte, «*un homme tout vif*», straziandolo nella violenza della pena e del supplizio inflitto, e con ciò imprimendovi una sorta di *marchiatura* ⁽³⁹⁾. Il pen-

⁽³⁹⁾ Sulla funzione giuridico-politica del *supplizio* nelle società di Antico Regime, il rinvio è naturalmente all'opera di Foucault: «Il supplizio fa parte della procedura che stabilisce la realtà di ciò che viene punito» (M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, Einaudi, 1976, p. 61). Cfr. ID., *La società*

siero si trova qui ancora una volta a fare i conti con «la forza dell'immaginazione», di cui le supposte streghe sono, agli occhi di Montaigne, un'esemplare manifestazione, allo stesso modo dei giudici che imputano loro un potere «diabolico»: qualsiasi diritto rivela in questo modo la propria fondamentale dimensione di furioso contrappasso, vendetta *diabolica* rispetto a ogni tentativo di razionalizzazione. Contro questo modo di procedere e le sue conseguenze «giudiziarie» irreparabili, Montaigne invoca un altro approccio:

Qualche anno fa passai per le terre d'un principe sovrano il quale, in mio favore e per vincere la mia incredulità, mi fece questa grazia, di farmi vedere in sua presenza, in un luogo appartato, dieci o dodici prigionieri di questa specie, e fra gli altri una vecchia, veramente strega per bruttezza e deformità, famosissima da gran tempo in questa professione. Vidi e *prove* e libere confessioni, e non so quale *marchio insensibile* su quella miserabile vecchia, e chiesi e parlai a sazietà, accordando loro un'attenzione il più possibile imparziale; e non sono uomo da lasciarmi vincolare il giudizio dalla prevenzione. Alla fine, e in coscienza, avrei ordinato loro dell'elleboro⁽⁴⁰⁾ piuttosto che della cicuta. (III, xi, 1031; 1379, corsivi nostri)

La messa in questione di questo dispositivo giudiziario e della sua procedura, in un caso in cui Montaigne *vede* soprattutto l'effetto da curare con un farmaco appropriato di una malattia dell'immaginazione umana nella sua sfrenatezza, si duplica così in un'analisi più ampia sulle procedure giudiziarie — prove e libere confessioni — intese a costruire una verità fragile e un sistema di imputazione in gran parte immaginario (*marchio*), benché gravido di conseguenze assai reali e il più delle volte *irrimediabili*⁽⁴¹⁾.

punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973), edizione stabilita da B.E. Harcourt sotto la direzione di F. Ewald e A. Fontana; a cura di D. Borca e P.A. Rovatti, Milano, Feltrinelli, 2016, p. 22. Sulla *veridizione*, Id., *Teorie e istituzioni penali. Corso al Collège de France (1971-1972)*, edizione stabilita da B.E. Harcourt sotto la direzione di F. Ewald e A. Fontana, con la collaborazione di E. Basso, C.-O. Doron e il contributo di D. Defert, a cura di D. Borca e P.A. Rovatti, Milano, Feltrinelli, 2015.

⁽⁴⁰⁾ La pianta di elleboro nella medicina antica era considerata un antidoto contro la follia.

⁽⁴¹⁾ Su tutto questo si veda l'analisi molto bella condotta da PANICHI, *I vincoli del disinganno*, cit., il cap. 3 della Parte III, intitolato «Il sogno della stregoneria», pp. 231-264.

Qui, lo ‘scetticismo’ dei *Saggi* non si limita alla glossa dei testi antichi, e neppure si riduce ad una mera ripresa degli *Schizzi pirroniani* di Sesto Empirico, ma si nutre di una riflessione specifica sulle costruzioni giuridiche e il loro ricorrere al dispositivo della *finzione*, come sottolinea un inciso in un’aggiunta manoscritta di Montaigne nell’«Apologie de Raymond Sebond»: «e perfino il nostro diritto, si dice, ha finzioni legittime sulle quali fonda la verità della sua giustizia (*des fictions légitimes sur lesquelles il fonde la vérité de sa justice*)» (II, xii, 537; 708)⁽⁴²⁾. Queste «finzioni» indicano, qui, delle rappresentazioni artificiali di persone o nessi causali che il diritto proietta sulla singolarità dell’evento, allo scopo di *risolvere* i casi che si presentano nella contingenza e fondare, così, «la verità della sua giustizia». L’attenzione rivolta da Montaigne alle diverse forme di *veridizione giudiziaria* lo porta a criticare le procedure più violente della giustizia criminale del suo tempo: l’estorsione delle confessioni attraverso la tortura, l’atrocità dell’esecuzione delle diverse forme di *supplizio* determinate dalle procedure di produzione del *dir vero* che dureranno fino alla fine del XVIII secolo⁽⁴³⁾.

(42) O. GUERRIER, *Des ‘fictions légitimes’ aux ‘feintes des poètes’*, in «BSAM», 2001, 21-22, pp. 141-150 e F. RIGOLOT, *Nicomaque et la règle de plomb: Fictions légitimes et illégitimes de la justice montaignienne*, ivi, pp. 87-98. Sullo sfondo «giuridico» dello scetticismo di Montaigne, cfr. ivi O. GUERRIER, *Le Champ du «possible»: de la jurisprudence aux Essais*, pp. 159-168; Ph. DESAN, *Montaigne et le doute judiciaire*, pp. 179-190 e A. TOURNON, *La question du Préteur*, pp. 265-274.

(43) Foucault ricorda come questa perduri, nella giustizia criminale in Francia, fino alla vigilia della Rivoluzione: M. FOUCAULT, *Mal fare dir vero. Funzione della confessione nella giustizia, Corso di Lovanio* (1981), edizione a cura di F. Brion e B.E. Harcourt, Torino, Einaudi, 2013, in particolare pp. 192-205. Ci può chiedere se tutto ciò entri in corrispondenza con il rapporto che Montaigne articola tra *verità* e *sé*, tra il dire-il-vero su di sé e il costituirsi come soggetto che è *norma di sé* stesso. Il tema è sviluppato in M. SCHACHTER, “*Qu’est-ce que la critique?*” *La Boétie, Montaigne, Foucault*, in *Montaigne after theory, theory after Montaigne*, ed. by Z. Zalloua, Seattle & London, Univ. of Washington Press, 2009, pp. 122-141. Cfr. TOURNON, *Justice oblige*, cit., pp. 71-79. Su questo, ci permettiamo di rinviare al nostro «*Le réel de la philosophie*»: Foucault, *Montaigne et le gouvernement de la vie*, in *Les usages philosophiques de Montaigne. Du XVI au XXI siècle*, sous la dir. de Ph. Desan, Paris, Hermann, 2018, pp. 391-406.

In molti passi degli *Essais* Montaigne denuncia la loro crudeltà, questo «vizio estremo» al quale dedica un'analisi dettagliata nel capitolo undicesimo del libro II, intitolato appunto «De la cruauté»: «(a) Fra gli altri vizi, io odio crudelmente la crudeltà, e per natura e per ragionamento, come il più grave di tutti i vizi» (II, xi, 429; 554). Essa gli appare tanto più ingiustificabile quanto meno procede da una perversione individuale ma piuttosto da una logica istituita, e scrupolosamente codificata, nella quale la pratica dei supplizi non è che la manifestazione estrema:

Quanto a me, anche nella giustizia, tutto quello che va al di là della semplice morte mi sembra pura crudeltà (*me semble pure cruauté*)⁽⁴⁴⁾, e specialmente per noi che dovremmo aver cura di inviare in buono stato le anime all'altro mondo; cosa che non può essere, se sono state agitate e messe alla disperazione da tormenti insopportabili. (II, xi, 431; 557)

In un celebre passo del capitolo «Des cannibales», Montaigne propone un confronto dello stesso tipo tra questo «meccanismo dell'atrocità»⁽⁴⁵⁾ e quello dei rituali antropofagi:

Non mi rammarico che noi rileviamo il barbarico orrore (*l'horreur barbare-sque*) che c'è in tale modo di fare, ma piuttosto del fatto che, pur giudicando le loro colpe, siamo tanto ciechi riguardo alle nostre. Penso che ci sia più barbarie nel mangiare un uomo vivo che nel mangiarlo morto, nel lacerare con supplizi e martiri un corpo ancora sensibile, farlo arrostire a poco a poco, farlo mordere e dilaniare dai cani e dai porci (come abbiamo non solo letto, ma visto recentemente, non fra antichi nemici, ma fra vicini e concittadini e, quel che è peggio, sotto il pretesto della pietà religiosa), che nell'arrostirlo e mangiarlo dopo che è morto. (I, xxxi, 209; 277-278)

Il passo, che contiene un esplicito riferimento alle crudeltà consumate «sotto il pretesto della pietà religiosa» nel corso delle guerre civili del suo tempo, ed è spesso citato come esempio di un relativismo radicale, mette a confronto pratiche e modi di fare che possiamo certo chiamare *barbari*, «se li giudichiamo secondo le regole della ragione, ma non confrontandoli con noi stessi che li su-

⁽⁴⁴⁾ Sulla critica della 'crudeltà' negli *Essais*, cfr. NAKAM, *Les Essais de Montaigne*, cit., Parte II.

⁽⁴⁵⁾ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 62. Su tutto questo cfr. NAKAM, *Les Essais de Montaigne*, cit., cap. V, «Cruautés», pp. 311-351.

periamo in ogni sorta di barbarie» (*ibidem*). La crudeltà che vi è descritta, e che talora sembra inscritta nello stesso ordine naturale, è in realtà qui rapportata alle sue manifestazioni ogni volta singolari e connesse alle differenti leggi e costumi che la esprimono. La «barbarie» cannibale⁽⁴⁶⁾ si iscrive, allora, in un'analisi generale delle regole di un rituale istituito sì «per esprimere una suprema vendetta», ma sempre all'interno del modo in cui essi «fanno la guerra», e «tra loro essa non ha altro fondamento che la sola passione per il valore» (I, xxxi, 210; 278-279). La barbarie «cristiana» rimanda a due realtà diverse, ma evocate qui in una sequenza continua: da un lato quella della violenza estrema e *cieca* delle guerre civili, e, dall'altro, quella dei supplizi atroci codificati da una giustizia che si arroga il potere di far soffrire quasi senza limiti, come mostra l'analisi dettagliata condotta in tutta l'ultima parte del capitolo «De la cruauté». Montaigne lega insieme, così, la barbarie alla crudeltà: il cannibalismo è meno barbaro perché è meno crudele. L'esecuzione, in quella procedura, è rapida ed efficace e in tal modo la sofferenza inflitta al corpo vivente del prigioniero *suppliziato* è ridotta al minimo grado di crudeltà. Ciò che si farà del suo cadavere, è dunque indifferente: Montaigne in *Della crudeltà* può, così, consigliare alla giustizia del suo paese di sostituire all'orrore dei supplizi sul vivente, la loro esecuzione sul cadavere del giustiziato:

(a) Consiglierei che questi esempi di severità, con i quali si vuol far stare il popolo a segno (*en office*), si effettuassero sui cadaveri dei criminali: il vederli, infatti, privare di sepoltura, il vederli bollire e squartare, colpirebbe il volgo quasi quanto le pene che si fanno subire ai vivi (*aux vivans*), benché in realtà sia poco o niente. (II, xi, 431; 557-558)

5. Se questa crudeltà dell'istituzione è sempre presente, sia prima che *dopo* il giudizio che pronuncia la sentenza di colpevolezza, Montaigne non confonde tuttavia le due forme di violenza 'giudiziaria' nell'opporle alla propria ripugnanza istintiva nei confronti di una violenza di cui le guerre di religione hanno mostruo-

⁽⁴⁶⁾ Su questo ci permettiamo di rinviare al nostro *La composizione delle società selvagge. Lévi-Strauss lettore di Montaigne*, in «Politica & Società», 2 (2019), pp. 247-268.

samente moltiplicato la ferocia «per il solo piacere dell'assassinio»: «Io vivo in un tempo in cui noi abbondiamo in esempi incredibili di questo vizio, per la sfrenatezza delle nostre guerre civili; e nelle storie antiche non si vede nulla di più eccessivo di quello di cui facciamo prova ogni giorno. Ma questo non mi ci ha per nulla abituato.» (II, xi, 432; 559). Pensare la guerra civile, significa per Montaigne pensare il problema della violenza che essa mobilita: fare l'esperienza «ogni giorno» dell'eccesso, di ciò che è *plus extreme* di quanto le storie antiche ci abbiano mai mostrato. Perciò, pensare *politicamente* la crudeltà che vi si scatena e infuria tutto travolgendo, implica un atteggiamento ordinato all'esigenza di diminuire il più possibile la parte di violenza inerente alla vita della comunità. Se Montaigne è tanto sensibile alla violenza da farne il criterio principale di valutazione nell'ambito politico-giudiziario, non è perché fatica a «sopportare» la crudeltà di cui fa quotidianamente l'esperienza devastante. Si tratta di comprendere come il suo odio per la crudeltà non sia soltanto la manifestazione di una singolare propensione naturale a «una profondissima compassione per le afflizioni altrui» (ivi, 430; 556), e neppure sia il *suo* senso dell'ingiusto che, comunque, si rivolge anche verso la sofferenza degli animali: «(a) Quanto a me, non ho potuto mai veder senza dispiacere inseguire e uccidere (*poursuivre et tuer*) neppure una bestia innocente, che è senza difesa e dalla quale non riceviamo alcuna offesa» (ivi, 432; 559). Si tratta, piuttosto, di vedere come si tratti qui di una sorta di inquietudine *morale*, qualcosa come un'intuizione relativa al riconoscimento di un fondo di inumanità che costituisce l'umano: «La natura stessa, temo, ha istillato nell'uomo qualche istinto verso l'inumanità» (ivi, 433; 560). Si può dire che la chiave del suo discorso politico-giudiziario va dunque cercata sul versante della reazione alla crudeltà esercitata sul corpo dei viventi, alla sofferenza di cui questi fanno l'esperienza e che, sola, può essere la matrice di un discorso che sfugga all'ingiustizia del *mundus delirans*. A quel *delirio* sanguinario che si manifesta allo stesso modo «nei riguardi delle bestie» come nei supplizi inferti agli esseri umani: «(b) Dopo che a Roma ci si fu abituati agli spettacoli delle uccisioni degli animali (*aux spectacles des meurtres des animaux*), si passò agli uomini e ai gladiatori»

(ivi, 433; 560). Gli uomini e le bestie sono qui accomunati nella stessa sofferenza inflitta loro dalla crudeltà delle «nature sanguinarie», e nella stessa compassione⁽⁴⁷⁾, la *sympatia* che Montaigne rivolge a tutte queste vittime dell'ingiustizia:

(a) E perché non ci si burla di questa simpatia (*de cette sympathie*) che ho per esse, la teologia stessa ci ordina qualche benevolenza nei loro riguardi; e, considerando che un medesimo padrone ci ha albergati in questo palazzo per il suo servizio e che esse appartengono, come noi, alla sua casa, ha ragione di ingiungerci qualche rispetto e affetto verso di esse. (*ibidem*)

E, qualche pagina più in là, sottolineando ancora di più il nesso che lega la questione della *giustizia* a quella del *vivente*, in quanto tale:

Quand'anche tutto ciò non fosse — conclude Montaigne —, c'è tuttavia un certo rispetto e un generale dovere di umanità che ci lega (*qui nous attache*) non solo alle bestie che hanno vita e sentimento, ma anche agli alberi e alle piante. Noi dobbiamo giustizia agli uomini, e grazia e benignità alle altre creature che possono esserne suscettibili. C'è qualche relazione fra esse e noi (*quelque commerce entre elles et nous*), e qualche obbligo reciproco (*et quelque obligation mutuelle*)» (ivi, 435; 562-563).

Giusto o ingiusto sarà giudicato così ogni dispositivo, politico o giudiziario, in funzione della quantità di sofferenza e di dolore a cui esso costringerà gli esseri viventi, *tutti* gli esseri viventi, sui quali si esercita il suo dominio storico: cioè in funzione della sua capacità di governare i viventi, rispettando ciò «che ci lega non solo alle bestie che hanno vita e sentimento, ma anche agli alberi e alle piante», dando a ognuno giustizia, grazia e benignità, nella *obligation mutuelle* che deve regolare le nostre relazioni. Montaigne aggiunge, qui, questa osservazione:

(c) Io non esito a confessare la tenerezza della mia natura, così puerile che non so rifiutare al mio cane le feste che mi fa fuor di luogo o che mi richiede. (b) I Turchi hanno ricoveri e ospedali per le bestie. (a) I Romani nutrivano a spese pubbliche le oche, per la vigilanza delle quali era stato salvato il loro Campidoglio; gli Ateniesi stabilirono che le mule e i muli che avevano servito alla costruzione del tempio chiamato Hecatompèdon fossero

(47) F. BRAHAMI, *Montaigne et la politique*, in «BSAM», VIIIème série, janvier-juin 2004, 33-34, pp. 15-37.

liberi, e che fossero lasciati pascolare dovunque senza essere disturbati» (*ibidem*).

Il passo è assai significativo perché sottolinea un punto importante: la giustizia è il prodotto dell'agire degli uomini che hanno la capacità di *conferire* dei diritti, anche agli animali. Questa prerogativa è immanente alla vita e dev'essere considerata e accettata come tale, al suo livello più generale.

L'«universalità» di questa giustizia risiede allora precisamente in questa capacità degli uomini, quale che sia la loro stirpe o la loro *coutume*, di formulare norme che si adattino agli *umori* di una società in un determinato momento storico determinato⁽⁴⁸⁾. Tutte le società umane possiedono questa concezione 'naturale' della giustizia. Montaigne chiama questa forma di giustizia la «justice en soy»: «La giustizia in sé, naturale e universale, è regolata altrimenti e più nobilmente di quanto sia quest'altra giustizia (c) speciale, nazionale, (b) vincolata alla necessità dei nostri governi (*contrainte au besoing de nos polices*)» (III, i, 796; 1055-1056). Nonostante questa sua ripugnanza dovuta alla «tenerezza» della sua natura verso la crudeltà e la violenza di quest'altra giustizia, *speciale*, 'vincolata' alle necessità della *police*, Montaigne cerca di rintracciarne i moventi specificamente politici, oltre che di descriverne gli effetti d'istituzione, di iscrizione dell'istituzione nel reale. Questa distinzione, essenziale negli *Essais*, tra giustizia «en soy» e giustizia «pour soy» — cioè la sua applicazione storica e concreta nel contesto delle effettive relazioni di governo, cioè delle diverse *polices* — non è pensabile che a partire dal dispiegarsi di un dispositivo politico, di una *police*, di un apparato di governo che renda possibile la pratica concreta e quotidiana dell'amministra-

(48) Che tra la regola di condotta e la norma giuridica l'identificazione non vada da sé è un'evidenza recente nel diritto. Sul problema generale della norma e sulla sua efficacia in rapporto all'applicazione alle *condotte* che essa mira a regolare si vedano, nel dibattito teorico novecentesco, H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979, postumo), Torino, Einaudi, 1997; A. ROSS, *On Law and justice*, London, Stevens, 1957, trad. it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002. È in Hart soprattutto che è posto al centro della riflessione giuridica il tema dell'inserimento della legge nella *durata* della norma, da parte del legislatore.

zione della giustizia, che non potrà che essere «speciale e nazionale», cioè *situata* in uno spazio e in un tempo dati e cioè su una via «doppia, ineguale e fortuita», che però «mantiene e alimenta» (*ibid.*) la vita materiale, l'*utile* degli uomini. Si sarebbe tentati di iscrivere le critiche di Montaigne alla crudeltà dei supplizi all'interno del grande movimento che va dal Rinascimento all'Illuminismo⁽⁴⁹⁾ e che porterà ad una profonda riforma della giustizia penale a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo⁽⁵⁰⁾. Non sarebbe, questa, una lettura illegittima, ma essa ci farebbe forse perdere di vista l'argomento specifico che Montaigne mobilita quando si tratta di riflettere in modo più direttamente *politico* alla difficile articolazione di ciò che è *giusto*, di ciò che è *legittimo* e di ciò che è *efficace*, che è oggetto del capitolo primo del terzo libro degli *Essais*, intitolato appunto «De l'utile et de l'honneste».

Qui Montaigne rifiuta ogni legittimazione politica all'uso della menzogna in materia di giustizia, ai suoi occhi un simile espediente deriverebbe da una sorta di ricatto giudiziario:

Il bene pubblico richiede che si tradisca e che si menta (*c*) e che si massacri; (*b*) lasciamo quest'incarico a gente più obbediente (*à gens plus obéissants*) e più malleabile. Certo, io mi sono spesso irritato nel vedere certi giudici indurre il criminale, con la frode e con false speranze di grazia o di perdono, a rivelare il suo misfatto, e adoperarvi l'inganno e l'impudenza. Sarebbe bene per la giustizia, e per Platone medesimo, che favorisce quest'uso, fornirmi altri mezzi più di mio gusto. È una giustizia maligna, e io non la ritengo meno ferita da sé stessa che da altri. (III, i, 791; 1048-1049)

Quando si accetta la teoria che giustifica l'uso della menzogna da parte di giudici «obéissants», l'inganno perpetrato ai danni degli imputati con false promesse di grazia, il tradimento e lo stesso massacro come «mezzi» legittimi per attuare l'utile del «bene pubblico», come sosteneva una certa letteratura di ispirazione 'machiavelliana'⁽⁵¹⁾, persino il diritto può convertirsi in disumana

⁽⁴⁹⁾ Come G. Nakam, facendo di Montaigne un precursore di Beccaria. NAKAM, *Les Essais de Montaigne*, cit., p. 329.

⁽⁵⁰⁾ Su questo decisivo passaggio, si veda FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., pp. 112-144 e ID., *La società punitiva*, cit., in particolare pp. 46-49.

⁽⁵¹⁾ Sulla separazione di *utile* e *honneste* e sul rapporto tra Montaigne e i teorici della 'ragion di Stato' cfr. N. PANICHI, *Au-delà de la vertu «innocente»: Montaigne*

ingiustizia: per Montaigne è una «giustizia maligna», ferita non da altri ma proprio da se stessa, e che produce la trasformazione terribile e improvvisa del diritto in crudele prepotenza e, in tal modo, l'ingiusta statuizione giuridica di un potere statale tirannico. Nel prendere di mira certe pratiche giudiziarie che impiegano la menzogna e l'inganno come mezzi per realizzare l'*utile* a discapito dell'*onesto*, questa osservazione di Montaigne si iscrive nello svolgimento di un discorso più generale sul radicale antagonismo tra la questione del *iustum* e le necessità inerenti all'azione che si esercita nell'ordine politico. Ma essa interseca anche la denuncia da parte di Montaigne delle procedure giudiziarie volte ad estorcere la verità con tutti i mezzi. I più estremi e perciò i meno giustificabili vanno ben al di là della semplice menzogna o dell'inganno dell'imputato, dato che ciò di cui si tratta è la tortura istituita e codificata come regola dell'inchiesta istruttoria allo scopo di far emergere la *prova*, supposta decisiva, dalla confessione⁽⁵²⁾. Se la denuncia di questa forma di crudeltà è qui privilegiata in rapporto alla critica (altrettanto veemente) alla violenza dei supplizi, è perché essa mette in gioco una singolare relazione della giustizia e della verità, che non manca di riflettersi sulla valutazione data da Montaigne delle altre forme di produzione di verità⁽⁵³⁾.

et les théoriciens de la raison d'état, in *Montaigne politique*, cit., pp. 73-91; sul contesto storico nel quale il Parlamento di Bordeaux si trova ad operare negli anni delle guerre di religione si veda, nello stesso volume, A.-M. COCULA, *La Guyenne pour Montaigne: un observatoire et un laboratoire d'histoire*, pp. 177-201. Sul ruolo politico dei Parlamenti, in particolare di quello di Parigi, in questi anni drammatici delle guerre civili, si veda DAUBRESSE, *Le Parlement de Paris ou la voix de la raison (1559-1589)*, cit., in part. pp. 13-66 e 247-311.

⁽⁵²⁾ J.M. CARBASSE, *Les origines de la torture judiciaire en France du XII^e au début du XIV^e siècle*, in *La Torture judiciaire*, B. Durand, L. Otis-Cour (dir.), Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2002, vol. I, pp. 381-419.

⁽⁵³⁾ Diffidente nei confronti dell'*assolutismo* del diritto, Montaigne ancora una volta ci narra — in un'aggiunta manoscritta al capitolo quinto del secondo libro — una storia sui paradossi giuridici che derivano dalle prove che si dicono 'oggettive' e sull'incertezza delle procedure giudiziarie di 'veridizione', alla prova dei fatti: «(c) Non so — scrive in conclusione del capitolo intitolato 'Della coscienza' — dove ho preso questa storia, ma essa rappresenta esattamente il senso della nostra giustizia. Una donna di paese accusava un soldato, davanti al generale di un esercito e gran giustiziere, di aver portato via ai suoi bambini quel po' di pappa che ancora le rimaneva

6. È alla fine del capitolo «Della coscienza» che si trova una delle analisi più penetranti della tortura e dei suoi *effetti di verità*. Montaigne sottolinea con forza non soltanto la crudeltà di questa atroce procedura inquisitoria, ma anche la sua scarsa affidabilità:

(a) È un'invenzione pericolosa quella delle torture (*C'est une dangereuse invention que celle des gebenes*), e sembra che sia piuttosto una prova di resistenza che di verità (*plustost un essay de patience que de vérité*). (c) E colui che le può sopportare nasconde la verità come colui che non le può sopportare. (a) di fatto, perché il dolore dovrà farmi confessare ciò che è, e non mi forzerà piuttosto a dire ciò che non è? E, al contrario, se colui che non ha commesso quello di cui lo si accusa è abbastanza forte per sopportare quelle torture (*supporter ces tourments*), perché non lo sarà colui che lo ha commesso, essendogli promesso un così bel guiderdone come la vita? Penso che il fondamento di questa invenzione si appoggi sulla considerazione della forza della coscienza. Infatti, nel colpevole, sembra che essa aiuti la tortura per fargli confessare la sua colpa, e che lo indebolisca; e, d'altra parte, che fortifichi l'innocente contro la tortura. A dire il vero è un sistema pieno di incertezze e di pericolo. (b) Che cosa non si direbbe, che cosa non si farebbe per fuggire a così gravi dolori? [...] Mille e mille hanno gravato la loro testa di false confessioni. (II, v, 368-269; 474-475)

La tortura, questo «*essay de patience*», è un espediente *gno-seologicamente* sbagliato. La sua confutazione risale già ad Aristotele (*Retorica*, 1. 15. 137a): un colpevole dai nervi ottusi resiste, l'innocente troppo sensibile rilascia false confessioni davanti alla minaccia dell'interrogatorio. Montaigne ricava questa critica dalla tradizione agostiniana che già denunciava l'eccessiva approssimazione di una simile procedura intimidatoria⁽⁵⁴⁾ quando si tratta di

per nutrirli, avendo quell'esercito saccheggiato tutti i villaggi intorno. Prove non ce n'erano. Il generale, dopo aver intimato alla donna di badar bene a quello che diceva, poiché sarebbe stata colpevole della propria accusa se mentiva, e lei insistendo, fece aprire il ventre del soldato per appurare la verità del fatto. E si trovò che la donna aveva ragione. Condanna istruttoria» (II, v, 369; 475). La *giustizia*, qui, nel momento stesso in cui fa coincidere il castigo con la prova, rischia di ribaltarsi in «irreparabile», crudele ingiustizia. Ma forse è proprio per questo che, come abbiamo visto, per Montaigne questa storia rappresenta esattamente il senso della *nostra* giustizia.

⁽⁵⁴⁾ NAKAM, *Les Essais de Montaigne*, cit., pp. 322-323. Il rinvio è al libro XIX del *De Civitate Dei*, cap. 6: «Perciò spesso si è costretti a cercare la verità torturando testimoni innocenti ed estranei alla causa in questione; addirittura, a torturare l'accusato stesso; nell'indagine sulla sua colpevolezza lo si tormenta, e un innocente subisce per un delitto incerto una pena certa, e non perché si scopre che lo ha commesso, ma

assicurarsi di una verità *indubitabile*. Egli suggerisce che essa non si legittima implicitamente che per il fatto di essere un'anticipazione del giudizio sulla colpevolezza dell'accusato. La sofferenza così inflitta durante l'interrogatorio è allora già, in qualche modo, una forma di *espiazione*:

Parecchi popoli, meno barbari in questo del greco e del romano che così li chiamano, ritengono orribile e crudele tormentare e dilaniare (*tourmenter et desrompre*) un uomo sulla cui colpa siete ancora in dubbio. Che colpa ha egli della vostra ignoranza? Non siete forse ingiusti, voi che, per non ucciderlo senza motivo, gli fate peggio che ucciderlo? E per prova che sia così, guardate quante volte egli preferisce morire senza ragione piuttosto che passare attraverso questa inquisizione ancor più penosa del supplizio (*que de passer par cette information plus penible que le supplice*), e che spesso, per la sua crudeltà, sorpassa il supplizio e addirittura lo mette in atto (*par son aspreté, devance le supplice, et l'exécute*). (II, v, 369; 475⁽⁷⁵⁾)

È evidente come qui l'ingiustizia abbia un carattere particolarmente 'barbaro' e crudele nei soprusi e nelle violazioni inumane perpetrate da coloro dai quali ci aspetteremmo in realtà protezione e giustizia: qui più che mai la giustizia «en soy» è contraddetta dalla «justice publique», della quale ormai appare chiaro come il suo realizzarsi produca quasi inevitabilmente delle ingiustizie «particolari», un'iniquità verso i casi singolari, alla quale essa sembra inesorabilmente mescolata, commista: «(a) Le leggi stesse della giustizia — si legge nel capitolo ventesimo del libro secondo — non possono sussistere senza qualche mescolanza d'ingiustizia» (II, xx, 675; 900), separare questa da quelle sarebbe come cercare

perché non si è certi che non l'abbia commesso» (AGOSTINO, *La Città di Dio*, a cura di C. Carena, Torino, Einaudi, 1997, p. 910). La critica alla pratica legale della tortura era già presente nel *Commentario* al *De Civitate Dei* di Juan Luis VIVES (Basel, 1522): nella traduzione francese (di Gentian Hervet, Paris, 1570) il *Commentaire* di Vives a questo passo di Agostino ha per titolo «*Questionner un homme est acte de tyrannie*». Nel latino curialesco, lo ricordiamo, *quaestio* è la *veritatis indagatio per tormentum*. Su questa procedura inquisitoria della tortura si veda F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981, pp. 310-455.

(⁷⁵) Rifiutando quella giustificazione *teologica* che stabilisce una continuità negativa tra *tortura*, *supplizio* e *messa a morte*, Montaigne aggiunge una notazione laconica che insiste sulla sua doppia ingiustizia: «Da ciò deriva che colui che il giudice ha torturato, per non farlo morire innocente, lo faccia morire e innocente e torturato (*il le fasse mourir et innocent et gébenné*)» (II, v, 369; 474-475).

di «tagliare la testa dell'Idra», come dice Platone. La mescolanza di qualcosa di iniquo, *aliquid ex iniquo* come recita l'*emprunt* da Tacito riportato qui da Montaigne, alle leggi della «justice publique», si riconosce proprio nei casi particolari, in ogni esempio *singolare*, laddove Montaigne scorge sempre il cono d'ombra nel quale la giustizia è costantemente presa, e cioè quel tanto di «ingiusto» che è connesso, mescolato ad ogni forma di vita reale, storica, al concreto «usage de la vie». Muoversi dentro questa opacità significa aggiustare lo sguardo «a questa vita tenebrosa e terrestre» e alla *densità* della nostra esperienza concreta, che si muove sempre nella compresenza di luce ed ombra, dove c'è sempre qualche oscuro «tono falso di mistione umana», in una zona di indistinzione che resta refrattaria alla sottigliezza del nostro sguardo: si tratterà di proporzionare «la perspicacia dei nostri spiriti» proprio alla natura oscura e terrestre dentro al quale si dà, tuttavia, la possibilità di una giustizia «umana», e cioè non tanto di assottigliarli quanto di appesantirli⁽⁵⁶⁾, di farli «più spessi e ottusi», più prossimi alla *vita*, che «è un movimento ineguale, irregolare e multiforme» (III, iii, 1085)⁽⁵⁷⁾, e ai suoi «commerci» nel tempo.

La debolezza della nostra condizione, l'*humaine condition*, infatti, «(a) fa sì che non possiamo godere cosa alcuna nella semplicità e purezza della sua natura» (II, xx, 673; 897). Nessun bene che noi possiamo ottenere è scevro — per Montaigne — di un qualche «*meslange*» di male: così non vi sono leggi che possano essere vissute senza *aliquid ex iniquo*, anch'esse non sono che forme di diversa durata prodotte all'interno del nostro spazio vitale, come le *coutumes*, norme di regolazione *pour l'usage de la vie*, regole d'uso che per qualche tempo fanno buona prova di sé, finché corrispondono all'utile *du commerce public*, e cioè al lento

⁽⁵⁶⁾ F. JOUKOVSKY, *Montaigne et le problème du temps*, Paris, Nizet, 1972, p. 172. Si può dire che il *tempo* costituisca il tema essenziale degli *Essais* (P. MATHIAS, alla voce «Tems», in *Dictionnaire de Michel de Montaigne*, éd. par Ph. Desan, Paris, Champion, 2004, p. 959).

⁽⁵⁷⁾ Questa sua natura fa sì che la vita appaia irriducibile a un carattere proprio del diritto: il dover essere eguale, regolare, uniforme (S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2018³, pp. 25-29).

adattamento del corpo sociale. Effetto di un 'corpo a corpo' della comunità con sé stessa, le norme che secernono «gli spiriti comuni», *plus propres et plus heureux à conduire affaires*, sono l'effetto più di questo *conduire* che non di considerazioni astratte, «acute e sottili» (II, xx, 675; 900), ma che si rivelano inadatte alla messa in pratica. O delle riflessioni «squisite ed elevate» di un legislatore che, volendo abbracciare in una sola *visione* «tutte le circostanze e conseguenze» delle azioni umane, si impedisce la scelta proprio nel momento stesso in cui mira ad un'azione sempre pienamente e univocamente fondata, e non sa ritrovare quell'apertura che non cade mai sotto la prova dell'intelligenza astratta, ma che riguarda il concreto della vita, con cui bisogna saper *convenir* «alla prova dei fatti» (II, xx, 675; 901). È necessario, perciò, che le leggi rimangano flessibili e, continuamente «saggiate» dal tempo e da un lungo «esercizio», conoscano la dimensione vitale del proprio *commercio*, cioè del loro aver a che fare con la realtà umana così come essa è, nella singolarità del suo movimento e *mutamento*: si tratta di riflettere, allora, in modo più direttamente *politico* sulla difficile articolazione di ciò che è *juste*, di ciò che è *honneste* e di ciò che è «utile», cioè sul dispositivo di governo delle *polices* effettive, in ciascuna delle quali si connettono insieme in un'irriducibile tensione gli scambi e i «commerci degli uomini» che producono il movimento comune di quel grande corpo dentro il quale solamente è possibile la dinamica che compone la *salute* del suo metabolismo, della sua forma di vita mai riducibile ad un modello assoluto e invariabile, ad un'unica «*forme maistresse*» che lo definisca in modo univoco e una volta per sempre. Esso è sempre oscillante, sempre in movimento, sempre *claudicante*, sempre preso cioè nel *passage* del suo connettersi, del suo decomporsi e del suo ricomporsi ogni volta⁽⁵⁸⁾, con le abitudini contratte attra-

(58) «La nécessité compose les hommes et les assemble. Cette cousture fortuite se forme après en loix; car il en a esté d'aussi farouches qu'aucune opinion humaine puisse enfanter» (III, ix, 957). Non c'è, all'origine, altra forza che quella della 'necessità' anonima; non un potere superiore che detta la legge e perpetua attraverso di essa l'obbligazione. La tessitura si compone e si tiene unita, solo in seguito diventerà cemento legante di questa trama della vita associata, coesa da una durata che si distende nel tempo, da un'osservanza che non è obbedienza passiva ma adesione. Laddove

verso un esercizio continuo, ma a cui ci si attiene per un certo tempo durante il quale esse mostrano effettivamente di funzionare, cioè si fanno *sequire* e così producono *condotte* e non solo costrizione passiva nei governati, e alle quali essi si obbligano «(a) senz'altra costrizione che il rispetto della loro usanza (*de leur usage*)» (II, xxxvii, 778; 1032), e la cui osservanza, la cui continuità nel tempo, non deriva solo dal carattere imperativo dell'obbligazione che esse comportano *in quanto leggi* ⁽⁵⁹⁾. La loro capacità di regolazione, la loro *durata* «in quanto leggi», è sempre soggetta a rettifica attraverso i comportamenti effettivi sui quali *si concorda* nel conformarsi ad esse, nel dar loro «credito», fino a quando si fa strada un complesso di esigenze vitali per cui quelle stesse leggi cadono in disuso e restano per lo più inosservate nel mondo ordinario della vita che dovrebbero regolare, fino a rimanere col tempo e nel costume, di fatto, 'inapplicate'. Una forma «naturale» del giusto non viene esclusa da Montaigne, ma essa è sempre *contraffatta* da quella giustizia particolare, «la justice publique», posta in atto in ogni *police*, vale a dire all'interno di ogni ordinamento giuridico e politico dato. Così, come abbiamo visto in «De l'utile et de l'honneste»: «(b) La justice en soy, naturelle et uni-

questa sintesi è raggiunta, là vi è *juste société* (III, ix, 956). Cfr. A. BIRAL, *Montaigne e Charron. Etica e politica nell'epoca delle guerre di religione*, in ID., *Storia e critica della filosofia politica moderna*, a cura di G. Duso, Milano, FrancoAngeli, 1999, pp. 65-82. Si veda anche D.L. SCHAEFER, *The Political Philosophy of Montaigne*, Ithaca, Cornell Univ. Press, 1990, pp. 157-176. Sulla *cousture* come 'costituzione' ci permettiamo di rinviare al nostro *Montaigne et le problème de la constitution*, in «Montaigne Studies», XXVIII (2016), 1-2, pp. 49-64.

⁽⁵⁹⁾ «Ora, le leggi mantengono il loro credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi. È il fondamento mistico della loro autorità; non ne hanno altri [...]. Chiunque obbedisca loro perché sono giuste, non obbedisce loro giustamente come deve» (III, xiii, 1433). Jacques Derrida commenta così questo celebre passo: «Manifestamente, Montaigne distingue qui le leggi, cioè il diritto, dalla giustizia. La giustizia del diritto, la giustizia come diritto non è giustizia. Le leggi non sono giuste in quanto leggi. Non si obbedisce loro perché sono giuste, ma perché hanno autorità. La parola 'credito' sostiene tutto il peso della proposizione e giustifica l'allusione al carattere mistico dell'autorità» (J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, in ID., *Forza di legge. Il «Fondamento mistico dell'autorità»* (1994), Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 60). Si tratta propriamente, qui, «della mistica della legge, così acutamente percepita da Montaigne» (GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia?*, cit., p. 34).

verselle, est autrement réglée», mai conforme rispetto a quest'altra giustizia, «vincolata alla necessità dei nostri governi (*contrainte au besoin de nos polices*)» (III, i, 796;1055-1056). La giustizia è al di là delle leggi e dei costumi. La dialettica tra leggi e costumi è legata alla sua irriducibilità ad essi. Questa «justice en soi», tuttavia, non irrompe messianicamente negando l'ordine, ma dev'essere fatta agire nella contingenza che caratterizza l'ordine esistente, agendo sulle leggi e tenendo conto dei costumi, e della loro trasformazione, come sarà poi in Montesquieu⁽⁶⁰⁾. Essa è mescolata sempre a un ordine oggettivo, è sempre contingente e in movimento, legata all'ethos collettivo, al tessuto sociale nel suo concreto adattarsi all'*usage de la vie*, quello della «justice speciale» che disegna le leggi e le consuetudini formate dagli uomini per regolare le condizioni della loro vita in comune.

⁽⁶⁰⁾ Su questo nesso Montaigne-Montesquieu si veda il nostro *La vita del diritto e l'ordine dei costumi nell'Esprit des lois*, in «Quaderni fiorentini», 41 (2012), spec. pp. 75-81 (ora in P. SLONGO, *La forza della consuetudine. Costumi, costituzione, governo in Montaigne e Montesquieu*, Milano, FrancoAngeli, 2020, pp. 83-109).

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

LA CONSTITUCIÓN MAGICORREALISTA
CONSTITUCIÓN REAL Y REFORMA POLÍTICA
EN *LOS FUNERALES DE LA MAMÁ GRANDE* (1959),
DE GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ (*)

¿Pero qué es la historia de América toda sino
una crónica de lo real-maravilloso?

Alejo Carpentier, *El reino de este mundo* (1949) ⁽¹⁾

hasta el extremo de que ya nadie podía saber
a ciencia cierta dónde estaban los límites de la realidad.
Era un intrincado frangollo de verdades y espejismos

Gabriel García Márquez, *Cien años de soledad* (1967) ⁽²⁾

1. Pórtico. — 2. La ‘casa’ de la constitución magicorrealista. — 3. La Constitución real. — 4. La reforma política.

1. *Pórtico.*

La microhistoria de Macondo es la Historia colombiana a una escala gráfica reducida, disponible y más portátil. Es también, como procedimiento de representación, un sistema de conoci-

(*) Texto base del Seminario *Constitucionalismo y literatura Latinoamericana*, impartido en el PhD Program in Latin American, Iberian and Latino Cultures, The City University of New York, The Graduate Center, CUNY 2019 September 13.

(1) A. CARPENTIER, *El reino de este mundo*, México, 1949, p. 17. Asimismo, ID., *De lo real maravilloso americano*, in ID., *Tientos y diferencias*, Montevideo, 1967, p. 120.

(2) G. GARCÍA MÁRQUEZ, *Cien años de soledad*, ed. e introd. de Jacques Joset, Madrid, 1994, p. 340.

miento — una epistemología — que, a menudo, sirve también para replicar el paisaje de acontecimientos en otros territorios del continente americano; o sea, una topografía de la mayor parte de América, en la que basta sólo con *traducir* determinados signos cartográficos o algunos, una mínima cantidad, de elementos morfológicos, para interpretar la exacta dimensión de su realidad. Macondo disloca la imagen del gran relato de la Historia para reubicar en lo real ordinario, incluso lo trivial que en otro tiempo y lugar será lo infraordinario⁽³⁾, mediante una metodología de frontera — esto es, al límite, en su propio límite — la objetivación histórica que cohabita con lo insólito, la inverosimilitud o el asombro, la sinrazón, lo inusitado, lo sobre-real (*surréal*), los sueños, la imaginación de lo cotidiano, haciéndola aceptable porque re-presenta — otra vez presenta, re-descubre, desambigua, desvela, hace aparecer, asoma — una realidad borrada del contradictorio segmentario y, por tanto, la totalizada al incluir, como por arte de magia, la maravilla en parte sustancial de su demarcación⁽⁴⁾. El espacio mágico de lo real maravillo amplía, *en efecto*, la visión y profundiza la *crónica* americana; o lo que es igual: el trasfondo fictivo de la Historia de América, efectivamente un *intrincado frangollo de verdades y espejismos*.

La microhistoria macondiana — Historia *magicorrealista* de Colombia — es narrativamente un relato mítico; uno vinculado a los orígenes del mundo, una verdadera cosmogonía, dispuesto — inventado — para narrar el legendario remoto mundo que acaba, porque allí fenece, en la casa de María del Rosario de Castañeda y Montero, la Mamá Grande, el día de sus funerales. Aquella casa es una metáfora edilicia⁽⁵⁾ de la arquitectura constitucional de la República colombiana.

(3) G. PEREC, *L'infra-ordinaire*, Paris, 1989, trad. *Lo Infraordinario*, introd. de Guadalupe Nettel, Madrid, 2008.

(4) Trato así de sobreponerme al ruido crítico de fondo — querella sobreabundante en espíritu de adhesiones incondicionales y fidelidades inquebrantables — entre las enfrentadas falanges legionarias, cada cual de bandera diferente, aunque demasiado semejantes entre sí y, al cabo, intercambiadas y confundibles, sea que enroladas al 'Realismo Mágico' o al 'Real Maravilloso'. Me límito, pues, a señalar lo que me aprovecha para el silencio.

(5) Estas páginas continúan mi trabajo '*La Casa*', *metáfora edilicia constitucio-*

2. La 'casa' de la constitución magicorrealista.

La obra de García Márquez presenta con frecuencia elementos constructivos funcionales de la distribución del espacio doméstico o privado y también urbano y público — una especie *De re ædificatoria* que tal vez reclame una lectura y estudio más atentos — en los que se proyecta y diseña una transformación espacial, no sólo escénica, normalizada o no, que alberga el centro lógico del desarrollo de sus tramas narrativas, que son su lugar habitable, su hábitat natural; el hogar de los Buendía, el cuarto de Melquíades, el habitáculo donde el Coronel Aureliano instala el laboratorio del alquimia en que fabrica — hace, deshace y rehace — los pescaditos de oro, la tienda de Catarino o Pietro Crespi, y otros.

Todos ellos actúan, a mi juicio, en calidad de unidades originarias, fundacionales, del espacio desde las que se da acceso a aconteceres que en sí mismos son el emplazamiento que allí ocupan y el cobijo en que se emplazan. Así, por tanto, se *edifica* el espacio narrativo. Son la fábrica de la altura, anchura y profundidad en que el pacto narrativo transforma el *spatium* al distribuirlo en *extensio*; o sea, razón de medida con otros espacios, travesías, referencia de paso a través y entre puntos — lugares — espacialmente separados. En suma, artefactos de interespacialidad.

La casona — la casa solariega⁽⁶⁾ — de Macondo es un constructo espacial con significancia, creo, para la comprensión de *cómo ha tenido lugar* la historia constitucional en Colombia. Arquitectónicamente planteada con enorme sencillez — edificada en dos plantas y remate a dos aguas en cubierta a caballete donde posaban gallinazos⁽⁷⁾; la baja distribuida en aposentos atiborrados de arcones y cachivaches de cuatro generaciones convertidas en polvo⁽⁸⁾ y un gran salón central (de baile, de ceremoniales) al

nal. Variaciones literarias de diseño y crisis constructiva en Poe, Cortázar y Borges, in «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 42 (2019) (en prensa).

(6) G. GARCÍA MÁRQUEZ, *Los funerales de la Mamá Grande*, Buenos Aires [impr. Barcelona, 1969], p. 132.

(7) *Ibíd.*, p. 146.

(8) *Ibíd.*, p. 128.

que se llega a través de un profundo y oscuro corredor central⁽⁹⁾, que confluye en un patio⁽¹⁰⁾, mientras que la superior acogía la alcoba de la Mamá Grande, con un mirador abalconado que embocaba a la placita⁽¹¹⁾ — se *extiende* allende los muros que conforman el perímetro de la parcela ocupada por el caserío, hasta las seis poblaciones del distrito de Macondo, además de la cabecera municipal. Tales son los *dominios* de la Mamá Grande⁽¹²⁾. Es por ello que *su casa* de Macondo funciona como la metáfora *mediante la cual se re-presentan*, concretadas — concentradas — en un punto espacial específico y expresivo, tanto *su soberanía* — «Mamá Grande, soberana absoluta del reino de Macondo»⁽¹³⁾ —, como los actos (jurídicos) concurrentes al ejercicio de *su* dominio. Dos de los elementos constructivos arriba mencionados ofician de un modo particularmente eficaz el culto a la índole de la *soberanía* y el desenvolvimiento del *dominio* en que aquella se manifiesta; son la gran sala y el balcón.

Quando se sentaba a tomar el fresco de la tarde en el balcón de su casa, con todo el peso de sus vísceras y su autoridad aplastada en su viejo mecedor de tejuco, parecía en verdad infinitamente rica y poderosa, la matrona más rica y poderosa del mundo⁽¹⁴⁾.

Para clausurar el jubileo, la Mamá Grande salía al balcón adornado con diademas y faroles de papel, y arrojaba monedas a la muchedumbre⁽¹⁵⁾.

(9) *Ibid.*, y «los oscuros corredores, los atiborrados pasadizos, las asfixiantes buhardas», cf. p. 143.

(10) *Ibid.*, p. 135.

(11) *Ibid.*, p. 131 y 144.

(12) Aunque se describe ambiguamente el territorio como desmesurados dominios (p. 147), hacienda desmedida (p. 128), la soberanía — todo *Estado* como expresión concentrada de ella — precisa constitutivamente de materialización espacial — territorial — y poblacional. De ésta conocemos la composición: «los gaiteros de San Jacinto, los contrabandistas de la Guajira, los arroceros del Sinú, las prostitutas de Guacamayal, los hechiceros de la Sierpe y los bananeros de Aracataca» (p. 127). De aquélla, que «de un territorio muerto desde sus orígenes, calculado a primera vista en 100.000 hectáreas [...] las circunstancias históricas habían dispuesto que dentro de esos límites crecieran y prosperaran las seis poblaciones del distrito de Macondo, incluso la cabecera del municipio» (p. 135).

(13) *Ibid.*, p. 127.

(14) *Ibid.*, p. 130.

(15) *Ibid.*, p. 132.

[...] visible apenas en su balcón sofocado entonces por lo geranios en las tardes de calor, la Mamá Grande se esfumaba en su propia leyenda⁽¹⁶⁾.

La balconada a que abre a la placita desde la alcoba de la Mamá Grande de Macondo funciona, pues, como una *extensión espacial* de la edificación a través de la que se concilian interior y exterior; es un *espacio extenso* que concita el ámbito privado y el público — *domus, domun y quadratum publicae* — cuya reconciliación representa una *metáfora* — μεταφορα, metaphora: *meta* (fuera o más allá) y *pherein* (trasladar) — constructiva capaz de activar traslativamente la legendaria narrativa del aparato de su poder y magnificencia.

La pompa, la fastuosidad se advierten, asimismo, en la gran sala o salón de la planta baja, destinado a ceremonias y bailes con que se prolonga la solemnidad del *imperium* (control). Como espacio concebido para los ritos de poder⁽¹⁷⁾ allí tiene lugar una escritura de la *potestas*. La potestad de la Mamá Grande para escribir (*virtus scribere*) matrimonios⁽¹⁸⁾ traspone — es igualmente una metáfora — la mancha de tinta indeleble que transcribe — traslada — el contrato de poder originario mediante encadenamiento al futuro. Esa escritura no es cualquier clase de inscripción, sino una muy específica; presentada, *re-presentada*, como «alambrada sacramental»⁽¹⁹⁾, corresponde a un mismo tiempo a una forma de registro de propiedad que *cerca* el espacio intergeneracional e identifica — teoría jurídica del título y modo como sistema de transmisión, de raigambre romanística — su natura-

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 133.

⁽¹⁷⁾ «La Mamá Grande presidía la fiesta desde el fondo del salón, en una poltrona de almohadas de lino, impartiendo discretas instrucciones con su diestra adornada de anillos en todos los dedos». Cf. p. 132.

⁽¹⁸⁾ «A veces en complicidad con los enamorados, pero casi siempre aconsejada de su propia inspiración, aquella noche concertaba los matrimonios del año entrante». *Ibid.*

⁽¹⁹⁾ «La Mamá Grande había cercado su fortuna y su apellido con una alambrada sacramental, dentro de la cual los tíos se casaban con las hijas de las sobrinas, y los primos con las tías, y los hermanos con las cuñadas, hasta formar una intrincada maraña de consanguinidad que convirtió la procreación en un círculo vicioso. Sólo Magdalena, la menor de las sobrinas, logró escapar al cerco». Cf. p. 129.

leza. Concertar matrimonios — demarcar, delimitar el ‘cambio de estado’, estado civil de las personas — era acto de posesión de cierre, cerradura sobre los contrayentes, similar a la imaginaria alambrada — de cerramiento — del marcado — impresión escrita — sobre la piel de los animales: un candado⁽²⁰⁾. La marca de escritura, cuya gráfica silueta en la cicatriz dejada sobre la piel del animal por el hierro — la marca de propietario — es un candado; un signo extensivo — *extensio* — del espacio de la *proprietatis* cuando el titular no se halla presente en él — o sea, ejerciendo la posesión espacial inmediata — permitiéndole así identificar a la res — también, en general, la *res* como cosa — como propia, como *su* propiedad.

El vínculo sacramental, de ese modo, es *inventado* como negocio jurídico civil inmobiliario. Las políticas familiar y matrimonial — planteada al modo de las uniones dinásticas — y de propiedad mobiliaria se superponen y operan coincidentemente en un pliegue o bucle espacial que las extiende: Derecho de familia y Derecho matrimonial se miden desde el concepto de propiedad. Pero, además, Familia, Matrimonio y Propiedad son el sustrato, y mejor el cimiento, la fundamentación en que basa — que es base — el predio, la casa de la Mamá Grande.

Escribir el contrato de esponsales y la *escritura* patrimonial han estabilizado la casa de la Mamá Grande, *su* feudo, *su* dominio:

Reducido a sus proporciones reales, el patrimonio físico se reducía a tres encomiendas adjudicadas por Cédula Real durante la Colonia, y que con el transcurso del tiempo, en virtud de intrincados matrimonios de conveniencia, se habían acumulado bajo el dominio de la Mamá Grande⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ «En los alrededores de los caseríos, merodeaba un número nunca contado y menos atendido de animales herrados en los cuartos traseros con la forma de un candado. Ese hierro hereditario, que más por el desorden que por la cantidad se había hecho familiar en remotos departamentos donde llegaban en verano, muertas de sed, las reses desperdigadas, era uno de los más sólidos soportes de la leyenda». Cf. pp. 135-136.

⁽²¹⁾ *Ibid.*, pp. 134-135.

Un tipo de dominio, de feudo que, como se indicará, incluye — luego también cerca — a sus pobladores en una categoría próxima al derecho de frutos:

En ese territorio ocioso, sin límites definidos, que abarcaba cinco municipios y en el cual no se sembró nunca un solo grano por cuenta de los propietarios, vivían a título de arrendatarias 352 familias. [...] Pasados tres días de la recolección, el patio estaba atiborrado de cerdos, pavos y gallinas, y de los diezmos y primicias que se depositaban allí en calidad de regalo. En realidad, ésa era la única cosecha que jamás recogió la familia de un territorio muerto, calculado a primera vista en 100.000 hectáreas⁽²²⁾.

Aquellas familias instaladas en el espacio del dominio de la Mamá Grande devenían — pasaban — mediante tal acto de homenaje (reverencia) y pleitesía (obediencia), a ser parte del inmueble, del patrimonio rústico, de la tierra de que aquélla era propietaria.

Pero esta semejanza con el modo de la *accesión natural* de mueble a inmueble, por muy simbólica pueda resultar, muestra sólo una parva imagen del ejercicio del *dominium* comparada con la efectividad derivada del *artificio* de la titularidad dominical objetiva que es *extensa* a un contrato sobre determinado bien (tierra) y se manifiesta en actos expresos.

Todos los años en vísperas de su onomástica, la Mamá Grande ejercía el único acto de dominio que había impedido el regreso de las tierras al estado: el cobro de los arrendamientos. Sentada en el corredor interior de su casa, ella recibía personalmente el pago del derecho de habitar en sus tierras, como durante más de un siglo lo recibieron sus antepasados de los antepasados de los arrendatarios [...] pues la tierra pertenecía a la Mamá Grande y a ella se pagaba el alquiler, como tenía que pagarlo el gobierno por el uso que los ciudadanos hacía en las calles⁽²³⁾.

El corredor de la casa de la Mamá Grande — lugar de tránsito hacia el patio, que le es contiguo, inmedito, y allí hemos visto a los campesinos depositar dádivas y ofrendas — posee relevancia arquitectónica en la distribución espacial del caserío, en un doble sentido. Uno, porque situado en la planta baja, soporta la elevada

⁽²²⁾ *Ibid.*, p. 135.

⁽²³⁾ *Ibid.*

que alberga la estancia privada, la alcoba, de la Mamá Grande, y el balcón. Esa parte de la obra es el almacén, la armadura, la estructura resistente del edificio todo que *re-presenta* el *superamus*, el lugar ocupado por el superior, el *locus* de la superioridad, de la supremacía, del predominio (*pre-dominio*, igualmente), de la soberanía. Otro, porque guarda analogía, esto es se relaciona por extensión (*extensio*), con otra vía de tránsito al *imperium* de la Mamá Grande. Me refiero a la proyección — enclave espacial proyectivo — que, como corredor o travesía, se aprecia en «los doscientos metros de esteras que se tendieron desde la casa solariega hasta el altar mayor, la tarde en que María del Rosario Castañeda y Montero asistió a los funerales de su padre, y regresó por la calle esteraada investida de su nueva e irradiante dignidad, a los 22 años convertida en la Mamá Grande»⁽²⁴⁾.

Las esteras *extendidas* a su paso desde el caserón hasta el altar mayor del templo — donde, no se olvide, se custodia el Sagrario — y por las que vuelve a aquél unguida de poderes extraordinarios — asombrosos, maravillosos — marcan la *transposición* que la *legitimación de origen* imprimirá a los actos de dominio en el *ejercicio* de su poder soberano. Estos ya son de, desde y por principio (pre-posiciones), sacros, están consagrados: «Mamá Grande, soberana absoluta del reino de Macondo»⁽²⁵⁾.

La legitimación de fuente y la de actuación, ésta vehiculada a través del sobrino Nicanor⁽²⁶⁾, *re-presentan* (otra vez presentan, redescubren, desambiguan, desvelan, hacen aparecer, asoman) una imagen del poder político donde Iglesia y Ejército se postulan como ascendente de su *auctoritas* y garantía de su *potestas*. Y, en efecto: «Aquella visión medieval pertenecía no sólo al pasado de la familia, sino al pasado de la nación»⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ *Ibid.*, pp. 132-133.

⁽²⁵⁾ *Supra*, n. 12.

⁽²⁶⁾ «Nicanor, el sobrino mayor, titánico y montaraz, vestido de caqui, botas con espuelas y un revolver calibre 38, cañón largo, ajustado bajo la camisa». Cf. p. 128.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, p. 133.

3. *La Constitución real.*

Los funerales de la Mamá Grande (1959) vienen a *re-presentar* aquel momento histórico constitucional en que fenece — «El orden social había sido rozado por la muerte»⁽²⁸⁾ — en la casa de María del Rosario de Castañeda y Montero, la Mamá Grande, el día de sus funerales, la Constitución real de Colombia o, dicho por pasiva, en que se *re-presenta* el carácter simplemente nominal del sistema constitucional de Colombia hasta ese momento de su Historia.

Los paradigmas de esa *realidad* constitucional colombiana están contenidos — paradójicamente — en el listado de su «patrimonio invisible»:

Con voz dominante y sincera, abandonada a su memoria, dictó al notario la lista de su patrimonio invisible:

La riqueza del subsuelo, *las aguas territoriales, los colores de la bandera, la soberanía nacional, los partidos tradicionales, los derechos del hombre, las libertades ciudadanas, el primer magistrado, la segunda instancia, el tercer debate*, las cartas de recomendación, las constancias históricas, *las elecciones libres*, las reinas de belleza, los discursos trascendentales, las grandiosas manifestaciones, las distinguidas señoritas, los correctos caballeros, *los pundonorosos militares*, su señoría ilustrísima, *la corte suprema de justicia*, los artículos de prohibida importación, las damas liberales, el problema de la carne, la pureza del lenguaje, los ejemplos para el mundo, *el orden jurídico, la prensa libre pero responsable*, la Atenas sudamericana, *la opinión pública, las lecciones democráticas*, la moral cristiana, la escasez de divisas, *el derecho de asilo*, el peligro comunista, *la nave del estado*, la carestía de la vida, *las tradiciones republicanas*, las clases desfavorecidas, los mensajes de adhesión. No alcanzó a terminar. La laboriosa enumeración tronchó su último vahaje. Ahogándose en el mare magnum de fórmulas abstractas que durante dos siglos constituyeron la justificación moral del poderío de la familia, la Mamá Grande emitió un sonoro eructo, y expiró⁽²⁹⁾.

Confeccionado a punto de exhalar su sonador último suspiro, *re-presenta* la formación, bajo fe notarial, del inventario de los derechos y obligaciones que eran *propiedad* del causante, para ser trasmitido — *mortis causa* — a su ulterior aceptación. En el haber de ese *caudal relicto* de bienes y activos que integraban el patrimo-

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 138.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*, p. 137 (énfasis añadido).

nio de la Mamá Grande resulta patente — con sólo poner un mínimo de énfasis — la presencia de institutos, mecanismos y procesos jurídico-constitucionales que *aparecen* reunidos, de manera acumulada y sin orden cualitativo distinguible, a otros que, no obstante su muy diferente naturaleza, acaban por ser finalmente indiferenciables entre sí. Mezcla de lo nuclear y con lo orbital en unidad de conjunto que hace participar a cualquiera de ellos de presuntas cualidades comunes. Es también evidente que la agregación de todos era técnicamente necesaria para establecer la *masa hereditaria* actual a transferir, pero, asimismo, que, a diferencia del patrimonio *real*, que era y se mantuvo indeterminado⁽³⁰⁾, aun tratándose de acervo inmaterial — «bienes morales»⁽³¹⁾ — ese era su patrimonio *en realidad* y *la realidad* de su patrimonio. Uno formado en *herencia recibida* y que por la vía testamentaria elegida — la cinética del Derecho sucesorio es esencialmente transitiva — pretendía hacer *extensivo* a sus derechohabientes. La sucesión no es *spatium*, sino, en efecto, *extensio*; o dicho con otra palabra: elongación temporal contra la fugacidad. El testador ordena — es su *última voluntad* — el patrimonio — y la etimología del vocablo es manifiestamente iluminadora; *patri* (padres) *monium* (recibido): recibido de los padres — para el porvenir; o sea, ocupa un lugar y un tiempo que no está en su lugar y tiempo. En el inventario del «patrimonio invisible» de la Mamá Grande reside, pues, el centro lógico de la trama narrativa constitucional y su presumible desarrollo, su virtualidad proyectiva.

Dos de entre todos los «bienes morales» con relevancia constitucional, entiendo que serían concluyentes: *la soberanía nacional* y *las elecciones libres*. El hueso de la historia que relata *Los funerales de la Mamá Grande* y la médula del sistema constitucional de Colombia hasta aquel día, son la misma cosa.

⁽³⁰⁾ «Nadie conocía el origen, ni los límites ni el valor real del patrimonio, todo el mundo se ha acostumbrado a creer que la Mamá Grande era dueña de las aguas corrientes y estancadas, llovidas y por llover, y de los caminos vecinales, los postes del telégrafo, los años bisiestos y el calor, y que tenía además un derecho heredado sobre vida y haciendas». Cf. 129.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 136.

Las prescripciones constitucionales adoptadas por el *Código de Rionegro* (*Constitución de Rionegro*, de 1863 y reforma parcial de 1876)⁽³²⁾ para la Federación, en condiciones que no reproducían los principios inspiradores de la Constitución norteamericana, sino los que habían caracterizado a las confederaciones griegas⁽³³⁾, crearon las condiciones objetivas para la existencia de *polis* soberanas como aquella de la todopoderosa matriarca del reino de Micondo. El principio de *la soberanía nacional* estuvo entregado en su estructura territorial a una *real y efectiva* exacerbación justo de aquello que seguramente quería evitar y así, al cabo, lo dejó convertido en estandarte de una Constitución *nominal*. Algo que, apenas un año antes, Ferdinand Lassalle (1825-1864), natural de Prusia, integrada en la Confederación Germánica, había señalado en su conferencia sobre la Constitución, pronunciada en Berlín el 16 de abril de 1862, al sistematizar dos clases de constituciones; la «*real y efectiva*, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución escrita, a la que, para distinguirla de la primera, daremos — decía — el nombre de la *hoja de papel*»⁽³⁴⁾. Solo que en Colombia iba a resultar una experiencia especialmente extravagante, pues los factores reales y efectivos que habían impelido en la Constitución Estados Unidos de Norteamérica a evitar que la legítima aspiración de soberanía confrontara con las restricciones de reforma constitucional, haciendo de aquella — al decir de Édouard Laboulaye (1811-1883), entre sus mejores comentaristas — un «pedazo de papel»⁽³⁵⁾,

(32) Véase su primer comentarista J.F. DE LEÓN, *La Constitución de los Estados Unidos de Colombia según las lecciones orales de derecho constitucional, dictadas en la universidad nacional*, Bogotá, 1878, ahora in C. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Derecho constitucional colombiano siglo XIX*, Santa Fe de Bogotá, 1998, t. III, y D. URIBE VARGAS, *Las constituciones de Colombia*, Madrid, 1985, 3 v (v. 1. «Perspectiva histórica y sociológica»; v. 2. «Textos 1810-1876»; v. 3. «Textos 1886-1985»).

(33) J. DE LA VEGA, *La Federación en Colombia (1810-1912)*, Madrid, 1916, p. 248.

(34) F. LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, pról. y trad. de Wenceslao Roces, con introd. de Franz Mehring, Madrid, 1931, p. 71 (énfasis original).

(35) «*Quelquefois, quand une assemblée a fait une constitution, elle usurpe la souveraineté au profit de son œuvre, et le premier soin qu'elle a, c'est d'engager l'avenir. On donne, en d'autres termes, la souveraineté à un morceau de papier.*». Cf.

eran de suyo precisamente los mismos que con la atomización federal propiciaban en la Federación de Estados Unidos colombianos ‘centralismos’ con suficiente capacidad *real y efectiva* como para que lo puesto por escrito en el texto fundamental quedara en una proclamación nominalista. Y, así sucedió también, con marchamo carta política nacional, en la *Constitución de 1886*, que desmontó el sistema federal; pero no instauró la unidad sino otra vez, de forma *real y efectiva*, una dispersión selectiva de repúblicas de soberanas, cuasi-independientes.

En la práctica, además, las corruptelas electorales, favorecidas por el espíritu de revancha política y el ambiente de rencor social derivados de la lucha y descomposición nacional tras años y décadas de cíclicas guerras⁽³⁶⁾ entre liberales (federalistas) y conservadores (unitarios), trabajaban para corregir eventuales desviaciones en la *real y efectiva* momentaneidad funcionalista parlamentaria en aplicación de *elecciones libres*. Esta declaración era expresión no menos sustantiva del nominalismo constitucional, y hasta instituía su mejor y más perfecta parodia:

Durante muchos años la Mamá Grande había garantizado la paz social y la concordia política de su imperio, en virtud de los tres baúles de cédulas electorales falsas que formaban parte de su patrimonio secreto⁽³⁷⁾.

E. LABOULAYE, *Histoire politique des États-Unis, depuis les premiers essais de colonisation jusqu'à l'adoption de la Constitution fédérale, 1620-1789, par...*, Paris, 3 t., 1855-1866, t. 3, p. 205.

⁽³⁶⁾ A lo que se alude, por ejemplo, en este pasaje: «Pero ella confiaba en que viviría más de 100 años, como su abuela materna, que en la guerra de 1875 se enfrentó a una patrulla del coronel Aureliano Buendía, atrincherada en la cocina de la hacienda. Sólo en abril de este año comprendió la Mamá Grande que Dios no le concedería el privilegio de liquidar personalmente, en franca refriega, a una horda de masones federalistas» Cf. GARCÍA MÁRQUEZ, *Los funerales de la Mamá Grande*, cit., p. 130. Conflictos civiles armados entre ambos bandos que no logró sellar definitivamente la Constitución de 1863 ni la posterior revisión de 1875, y que a finales de siglo XIX — ya en vigor la *Constitución de 1886* — abocó a la conocida como *Guerra de los mil días* (1899-1903) y a que hace alusión: «[...] bajo los almendros polvorientos donde la primera semana del siglo acamparon las legiones del coronel Aureliano Buendía [...]», cf. p. 131.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, p. 139.

Mas, todo el tinglado de esta *casa constitucional* se tambaleará con la agonía de la Mamá Grande, para definitivamente colapsar a su muerte, a los 92 años.

Nadie advirtió que los sobrinos, ahijados, sirvientes y protegidos de la Mamá Grande, cerraron las puertas tan pronto como sacaron el cadáver, y desmontaron las puertas, desenclavaron las tablas y desenterraron los cimientos para repartirse la casa. Lo único que para nadie pasó inadvertido en el fragor de aquel entierro, fue el estruendoso suspiro de descanso que exhalaron las muchedumbres cuando se cumplieron los catorce días de plegarias, exaltaciones y ditirambos, y la tumba fue sellada con una plataforma de plomo⁽³⁸⁾.

4. *La reforma política.*

Hemos de regresar al comienzo del relato: «Ahora es la hora de recostar un taburete a la puerta de la calle y empezar a contar desde el principio los pormenores de esta conmoción nacional, antes de que tengan tiempo de llegar los historiadores»⁽³⁹⁾.

Pero ese cuento no ha sido el de lo jamás contado por narrativa de la Historia — o quizá sí, aunque únicamente en parte — sobre la fundación, el levantamiento, la estabilidad y luego el desmantelamiento, la expoliación y el saco de la *casa* de la Mamá Grande. Está «antes» del *después*; no es recuento. Sólo más tarde llegarán los historiadores, a contar lo que cuenten. *Antes*, como adverbio de tiempo indica prioridad, si bien no sin más. En absoluto oculta una prevención, un recelo, hacia lo que la Historia pueda contar y acabe por estar en entredicho con lo que se debería haber empezado por contar. *Antes* es previamente a un desengaño; *antes* es anticipar el engaño del *después*. Preverlo, predecirlo, o al menos presentir la artimaña, presagiar el amaño de los historiadores, y adelantarse.

Contar es aquí, por tanto, una forma de augurio y no sólo el arqueo, el balance, el recuento de lo que fue. Contar será auspiciar otro porvenir de la Historia, un *tender* hacia él antes de que tenga

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 146.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 127.

tiempo de llegar. Contar como una *extensión* sin moverse del lugar en que se cuenta.

Es por eso que me parece importante tratar de determinar el tiempo en que este relato garciamarquesco de *Los funerales de la Mamá Grande* se está contando; el tiempo histórico del cuento, aledaño al que sería su *trast tiempo* ⁽⁴⁰⁾ político. Y era aquel en que *la casa* estaba siendo removida, hasta sus cimientos, por los herederos de la Mamá Grande.

Para precisar las fechas de la escritura del relato existen en el mismo algunas informaciones útiles. Una viene dada, en relación con la asistencia del Sumo Pontífice a los funerales de la Mamá Grande, por mencionar ⁽⁴¹⁾ noticia de un suceso — asesinato y decapitación de la joven Wilma Montesi — sobre el que García Márquez ya había elaborado y publicado, a comienzos de agosto de 1955, una crónica periodística ⁽⁴²⁾. Igualmente, otra referencia al Papa reinante en aquella época, Pío XII, y relativa a su fallecimiento ⁽⁴³⁾, acaecido el 9 de octubre de 1958, ofrece en esa fecha una data concreta. En consecuencia, la redacción del relato *Los funerales de la Mamá Grande*, significativamente pareja a la de *El co-*

⁽⁴⁰⁾ La palabra *trast tiempo* no se encuentra recogida por el *Diccionario* de la RAE. No obstante, como quiera que el prefijo *tras* — indica lo que ha desocupado un lugar; aquí *trast tiempo* significa el tiempo que mudó de lugar.

⁽⁴¹⁾ «Repuesto de la modorra del ferragosto reciente, el Sumo Pontífice estaba en la ventana, viendo en el lago sumergirse los buzos que buscaban la cabeza de la doncella decapitada. En las últimas semanas los periódicos de la tarde no se habían ocupado de otra cosa, y el Sumo Pontífice no podía ser indiferente a un enigma plantado a tan corta distancia de su residencia de verano». GARCÍA MÁRQUEZ, *Los funerales de la Mamá Grande*, cit., p. 141.

⁽⁴²⁾ Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ, *Su Santidad va de vacaciones. Crónicas exclusivas desde Roma*, en «El Espectador» (Bogotá), ed. de 8 de agosto de 1955. Reproducido in ID., *El escándalo del siglo: textos en prensa y revistas (1950-1984)*, pról. de Lee Anderson, Cristóbal Pera (ed.), Barcelona, 2018, pp. 73-77. Véase también J. GILARD, *La obra periodística de García Márquez, 1954-1956*, in «Revista de crítica latinoamericana», 1976, 4, pp. 151-176, y F. RODRÍGUEZ AMAYA, *García Márquez: periodismo y literatura 1954-1955. Wilma Montesi y el escándalo del siglo*, in «Caravelle», 90, *Journalisme et littérature en Amérique latine*, Juin 2008, pp. 57-84.

⁽⁴³⁾ «[...] ahora que el Sumo Pontífice ha subido a los Cielos en cuerpo y alma»; «Ahora podía el Sumo Pontífice subir al cielo en cuerpo y alma». GARCÍA MÁRQUEZ, *Los funerales de la Mamá Grande*, cit., pp. 127 y 146.

ronel no tiene quien le escriba ⁽⁴⁴⁾, hubo de terminar no antes de finales de 1958, habiendo comenzado después de agosto de 1955.

Y así, la aprensión a la llegada de historiadores que pudieran confundir — si no es de considerar el aviso de la propia moribunda ⁽⁴⁵⁾ — acerca de lo que había sido *la casa* de la Mamá Grande, no carecía en todo de fundamento. El final de *la casa* de la Mamá Grande, «la matrona más rica y poderosa del mundo» ⁽⁴⁶⁾, había llegado y cerraba una época. «Algunos de los allí presentes dispusieron de la suficiente clarividencia para comprender que estaban asistiendo al nacimiento de una nueva época» ⁽⁴⁷⁾; sobre todo, «porque la única que podía oponerse a ello había empezado a pudrirse bajo una plataforma de plomo» ⁽⁴⁸⁾.

En la superposición de fraticidas desacuerdos entre los dos partidos políticos con intereses antagónicos, que en todo tiempo, y como fuera de él, la Mamá Grande había sabido trasegar a los propios ⁽⁴⁹⁾, la muerte abría un tiempo de *descuento*.

El apoteósico funeral reunió, además de la presencia del Sumo Pontífice, a la totalidad de «los símbolos de la época» ⁽⁵⁰⁾:

Dignos, solemnes en sus sacolevas y chisteras, el presidente de la república y sus ministros; las comisiones del parlamento, la corte suprema de justicia, el consejo de estado, los partidos tradicionales y el clero, los representantes

⁽⁴⁴⁾ «Hasta los veteranos del coronel Aureliano Buendía [...] se sobrepusieron a su rencor centenario por la Mamá Grande y los de su especie y vinieron a los funerales, para solicitar de presidente de la República el pago de las pensiones de guerra que esperaban desde hacía setenta años». *Ibid.*, p. 144.

⁽⁴⁵⁾ «[...] y se ocupó por último de las velaciones. ‘Tienes que estar con los ojos abiertos’, dijo, ‘Guarda bajo llave las cosas de valor, pues mucha gente no viene a los velorios sino a robar’». *Ibid.*, p. 134.

⁽⁴⁶⁾ *Ibid.*, p. 130.

⁽⁴⁷⁾ *Ibid.*, p. 146.

⁽⁴⁸⁾ *Ibid.*, p. 147.

⁽⁴⁹⁾ «Ella era la prioridad del poder tradicional sobre la autoridad transitoria [...] En tiempos pacíficos, su voluntad hegemónica acordaba y desacordaba canonjías, prebendas y sinecuras, y velaba por el bienestar de los asociados así tuviera para lograrlo que recurrir a la trapisonda o al fraude electoral. En tiempos tormentosos, la Mamá Grande contribuyó en secreto para armar a sus partidarios, y socorrió en público a sus víctimas». Cf. p. 139.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*, p. 146.

de la banca, el comercio y la industria, hicieron su aparición por la esquena de la telegrafía ⁽⁵¹⁾.

O sea: «el espectáculo del poder» ⁽⁵²⁾.

Por eso era «hora de recostar un taburete a la puerta de la calle y empezar a contar desde el principio los pormenores de esta conmoción nacional, antes de que tengan tiempo de llegar los historiadores» ⁽⁵³⁾. Y hacerlo «para contar esta historia, lección y escarmiento de las generaciones futuras, y que ninguno de los incrédulos del mundo se quedara sin conocer la noticia de la Mamá Grande [...] por lo siglos de los siglos» ⁽⁵⁴⁾.

Donde una época cierra, otra abre; no menos tentadora una que la otra para los historiadores de cualquiera de ambas. El cuento de *Los funerales de la Mamá Grande* termina allí donde inicia el devenir histórico posterior a 1957, a continuación del primero de diciembre de ese año, cuando el *plebiscito* para aprobación de una reforma constitucional. La Constitución de 1886 nominalmente no preveía tal procedimiento de reforma. Más allá de ello, el plebiscito realmente tuvo lugar.

En el cuento de García Márquez el hilo de una de sus líneas tiende a ese lugar; el espacio político extenso — la transición — a la ‘Segunda República’ tras el acuerdo de formación del Frente Nacional.

Los acontecimientos de aquella noche y las siguientes serían más tarde definidos como una lección histórica. No sólo por el espíritu cristiano que inspiró a los más elevados personeros del poder público, sino por la abnegación con que se conciliaron intereses disímiles y criterios contrapuestos, en el propósito común de enterrar un cadáver ilustre ⁽⁵⁵⁾.

Esto es: el consenso entre el conservador Laureano Gómez Castro — a quien el general Gustavo Rojas Pinilla había derribado

⁽⁵¹⁾ *Ibid.*, p. 145.

⁽⁵²⁾ *Ibid.*, p. 146.

⁽⁵³⁾ *Ibid.*, p. 127.

⁽⁵⁴⁾ *Ibid.*, p. 147.

⁽⁵⁵⁾ *Ibid.*, p. 139.

de la presidencia de la República por golpe de Estado en 1953 — y el liberal Alberto Lleras Camargo.

En Colombia, el tiempo futuro a menudo se ha escrito en procesos de *desnarración* y borrado de memoria que, raramente, han aportado bastante Verdad y Justicia a su Historia. La *contabilidad* de otra historia, la literaria, la hecha — como en el cuento *Los funerales de la Mamá Grande* — de entretiempos, no obstante, perdura.

Aquella ha sido aquí una *doble contabilidad* de la dimensión jurídico-constitucional de su *historia del futuro*. Porque en el futuro toda búsqueda de la Verdad relacionada con la Justicia debería consistir en llevar y guardar, por así decir, una «*doble contabilidad*». Memoria narrativa de lo justo y lo injusto, de la impiedad y la clemencia, del olvido y la memoria, del castigo y del perdón.

Como jurista europeo lo aprendí en *L'Été* (1953)⁽⁵⁶⁾, de Albert Camus, hace ya mucho, y hoy he vuelto a recordarlo, en mitad del estío andaluz, también con Gabriel García Márquez.

⁽⁵⁶⁾ A. CAMUS, *Prometeo en los infiernos* (1946), in ID., *El verano*, Madrid, 1996, pp. 41-46.

IVAN CARDILLO - YU RONGGEN

LA CULTURA GIURIDICA CINESE TRA TRADIZIONE E MODERNITÀ (*)

1. Il processo di modernizzazione della tradizione giuridica cinese. — 2. Il socialismo con caratteristiche cinesi ed il ruolo della tradizione. — 3. Il diritto cinese attuale e la tradizione: l'esempio della codificazione civile. — 4. Modernizzazione del confucianesimo o confucianizzazione della modernità. — 5. Una possibile rinascita della tradizione ed il ruolo dell'occidente.

La cultura giuridica cinese attuale è animata da tre elementi: la tradizione, la modernità, il pensiero politico. Questi elementi, nella

(*) Il presente lavoro, che si è avvalso del sostegno dei «Fundamental Research Funds for the Central Universities», Zhongnan University of Economics and Law (2722019JCG028), è il riadattamento in forma di saggio di un dialogo tra i due autori avvenuto nel corso di vari incontri scientifici e pubblicato in una rivista per gli studi confuciani. Il dialogo è stato fatto circolare anche su vari portali online ed ha ricevuto molta attenzione dal mondo scientifico, che ha trovato interessante per i temi trattati il dialogo tra un giovane studioso occidentale che vive in Cina e che si occupa anche di diritto tradizionale ed un ottuagenario giurista confuciano. Si veda I. CARDILLO, YU RONGGEN, *Confucianesimo, sistema giuridico cinese e moderno stato di diritto*, in «Yuan Dao» (Rújia sīxiǎng, zhōnghuá fǎ xī yǔ xiàndài fǎzhì «Yuán Dào»), 2018, 35, pp. 271-293.

Avvertenza sulle citazioni di fonti cinesi. Le fonti cinesi citate nel presente contributo sono, anche, classici della letteratura cinese e sono disponibili in varie traduzioni. Alcune traduzioni più risalenti nel tempo e legate al periodo del grande sviluppo del dialogo tra occidente e Cina, caratterizzato dall'intermediazione dei gesuiti e dalle riflessioni del giusnaturalismo e dell'illuminismo, altre più recenti e legate allo sviluppo degli studi sulla lingua e cultura cinese che hanno, nell'Institut des hautes études chinoises del Collège de France, la loro sede più prestigiosa. Si tratta di lavori di traduzione di testi classici con un forte valore giuridico fatti da gesuiti, in passato, o da sinologi, a noi contemporanei. Questo ci impone una riflessione sulla traduzione che per sua complessità non può trovare spazio in questa breve nota. Per la citazione di fonti cinesi si è scelto dunque di fare riferimento ai testi in lingua originaria in forma semplificata, nelle loro versioni considerate autorevoli ovvero le versioni pubblicate dalla Zhonghua Book Company (Zhōnghuá shūjú 中华书局), citando diretta-

loro forma più assoluta, rappresentano rispettivamente il diritto tradizionale cinese, il diritto occidentale, il socialismo. Tale forma assoluta ha da subito, a partire dalla metà del XIX secolo, ceduto a fenomeni di integrazione, di contaminazione reciproca, seguendo, da un lato, i repentini cambiamenti sociali, dall'altro i bisogni derivanti dalla ricerca di un'identità spesso basata sul dualismo Cina-occidente e la necessità di una loro integrazione. Abbiamo quindi una teoria politica straniera riadattata, ovvero un socialismo con caratteristiche cinesi legato ad un sistema economico particolare; assistiamo a fenomeni di trapianto giuridico e di imitazione di modelli stranieri tradotti in un contesto diverso; osserviamo un'eredità storica giustificare il bisogno di alterità, ma bloccata da barriere concettuali e categorie che ne rendono difficile la recezione nell'oggi. Queste tensioni si inseriscono nel più ampio bisogno storico della Cina di rinnovarsi, di modernizzarsi, di recuperare sovranità sul proprio territorio, e di trovare posto nel panorama globale.

1. *Il processo di modernizzazione della tradizione giuridica cinese.*

Il 2018 ha segnato il XL anniversario dalla Politica di riforma e di apertura (Gǎigé kāifàng 改革开放) voluta da Deng Xiaoping, ovvero il XL anniversario del terzo storico sforzo di modernizzazione che la Cina sta portando avanti ancora oggi. Dice Confucio, riassumendo la parabola della crescita della propria vita: «A quaranta anni non ebbi più dubbi»⁽¹⁾. Nella coscienza dei cinesi, quaranta anni sono un'età cruciale, un punto di demarcazione in cui si passa dall'essere perplesso al non avere più dubbi. La trasformazione e lo sviluppo del diritto cinese, del sistema giuridico e dello studio del diritto, a partire dalla Politica di riforma e di apertura

mente il passo cinese così come esso è presente oggi nel dibattito giuridico cinese. Il passo è reso in italiano rappresentando proprio la comprensione attuale che di esso ha il giurista. In alcuni casi i medesimi caratteri cinesi hanno delle diverse sfumature nella loro traduzione italiana proprio perché la loro comprensione da parte del giurista cambia in base al contesto. Il passo citato sarà identificato indicando l'autore, l'opera, il libro, ed il paragrafo. Il lettore potrà così facilmente ritrovare il passo citato nelle traduzioni dei testi che vorrà consultare.

⁽¹⁾ In cinese 四十而不惑 (Sìshí ér bùhuò). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro II Weizheng* (Lúnyǔ, wéi zhèng 论语, 为政), paragrafo 4.

del 1978, ha compiuto un percorso che ha portato a ridurre e a dissipare dubbi. Un primo esempio è dato dal concetto di « stato di diritto » (Fǎzhì 法治). Dalla fine degli anni '70 e per tutta la decade degli anni '80 dello scorso secolo, i giuristi cinesi hanno discusso della questione dello « stato di diritto » e del « governo dell'uomo » (Rénzhì 人治), e della « teoria di integrazione dello stato di diritto e del governo dell'uomo »⁽²⁾. Il diritto evocato dai maggiori periodici dell'epoca era quello della « democrazia socialista e governo attraverso la legge » e non della « democrazia socialista e stato di diritto »⁽³⁾. Solo nel 1996, i termini « stato di diritto » e « governare il paese in base alla legge » (Yīfǎ zhìguó 依法治国) entrano correttamente nella sfera della vita politica. Con la riforma costituzionale del 1999, « governare il paese in base alla legge » diventa un principio fondamentale della costituzione. Dal « governo attraverso la legge » (Fǎzhì 法制) al « governo in base alla legge » (Fǎzhì 法治), cambia un solo carattere, ma ci sono voluti venti anni di riflessione.

Un altro esempio ci è offerto dalla questione dei « diritti umani » (Rénquán 人权). All'inizio degli anni '80 dello scorso secolo è nata una grande discussione sulla questione dei diritti umani. I maggiori periodici del tempo di Pechino e Shanghai pubblicavano articoli critici dei diritti umani, i titoli erano: « 'Diritti

(2) In cinese 法治与人治结合论 (Fǎzhì yǔ rénzhi jiéhé lùn). Esempi del dibattito del periodo: CHEN ZONGLING, *Analisi dei termini 'governo attraverso la legge', 'stato di diritto', 'governo dell'uomo'*, in «Chinese Journal of Law» ('Fǎzhì', 'fǎzhì', 'rénzhi' de cíyì fēnxī, «Fǎxué Yánjiū»), 1989, 4, pp. 4-9; LI BUYUN, WANG LIMING, *Come integrare lo stato di diritto e il governo dell'uomo?*, in «Chinese Journal of Law» (Rénzhì hé fǎzhì néng hùxiāng jiéhé ma, «Fǎxué Yánjiū»), 1980, 2, pp. 40-45; ZHANG GUOHUA, *Lo stato di diritto e il governo dell'uomo del periodo delle Primavera e Autunni e degli Stati Combattenti*, in «Chinese Journal of Law» (Lǐè lùn chūnqiū zhànguó shíqí de 'fǎzhì' yǔ 'rénzhi', «Fǎxué Yánjiū»), 1980, 2, pp. 46-52.

(3) In cinese 社会主义民主与法制 (Shèhuì zhǔyì mínhǔ yǔ fǎzhì) e 社会主义民主与法治 (Shèhuì zhǔyì mínhǔ yǔ fǎzhì). Si veda LIU HAN, CHEN SHIRONG, *Guida alla costruzione del governo attraverso la legge e alla democrazia socialista di nuova epoca. Studio degli scritti di Deng Xiaoping sulla democrazia e sul governo attraverso la legge*, in «Chinese Journal of Law» (Xīn shíqí shèhuì zhǔyì mínhǔ hé fǎzhì jiànshè de zhīnán - xuéxí 'dèngxiāoping wénxuǎn' guānyú mínhǔ yǔ fǎzhì dì lùnshù, «Fǎxué Yánjiū»), 1983, 5, pp. 1-7.

umani' è lo slogan di quale famiglia?», «'Diritti umani' non è lo slogan del proletariato!», «'Diritti umani' è lo slogan della borghesia!»⁽⁴⁾. Solo dopo uno sforzo lungo venti anni si è raggiunto un consenso generale. Nel 2004 «rispettare e proteggere i diritti umani» (art. 33 terzo comma) diventa un principio fondamentale della carta costituzionale⁽⁵⁾.

Il processo di modernizzazione del diritto cinese, del sistema giuridico e della cultura giuridica è iniziato tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo. Il primo passo è stato il passaggio dall'antico sistema legale-rituale (Lǐfǎ tǐxì 礼法体系⁽⁶⁾) al sistema giuridico continentale proveniente dall'occidente. Esso è iniziato con il «movimento di cambiamento della legge e di revisione degli statuti»⁽⁷⁾ di tarda epoca della dinastia Qīng. Il secondo passo è avvenuto alla metà del secolo scorso, ed è caratterizzato dal passaggio da un sistema giuridico continentale misto di stampo francese, tedesco e giapponese ad un sistema giuridico continentale basato sul modello sovietico⁽⁸⁾. Lo sviluppo di questo passo non è stato molto positivo ed è stato interrotto a metà corso dopo poco tempo. Tuttavia, la sua influenza si è protratta per molto tempo⁽⁹⁾. Il terzo passo inizia con la Politica di riforma e di aper-

(4) In cinese rispettivamente '人权' 是哪家的口号? ('Rénquán' shì nǎ jiā de kǒuhào?), '人权' 不是无产阶级的口号! ('Rénquán' bùshì wúchǎn jiējí de kǒuhào!), '人权' 是资产阶级的口号! ('Rénquán' shì zīchǎn jiējí de kǒuhào!).

(5) Sul tema dei diritti umani si veda LIU HAINIAN, *Sessant'anni di sviluppo della protezione dei diritti umani nella nuova Cina* (Xīn zhōngguó rénquán bǎozhàng fāzhǎn liùshí nián), Pechino, China Social Sciences Press, 2012.

(6) Generalmente Lǐfǎ tǐxì 礼法体系 è tradotto in «sistema della legge e del rito», scindendo la legge ed i riti confuciani in due elementi distinti, ma combinati in un unico sistema. Un eminente studioso parla a tale proposito di «confucianizzazione della legge cinese», CH'U TUNG-TSU, *Law and Society in Traditional China*, Paris, Mouton & Co, La Haye, 1961, pp. 267-279. In realtà non è possibile separare il Li (rito) dal Fa (legge), per cui nel testo si è scelto di tradurre con la formula «sistema legale-rituale». Sul punto si veda YU RONGGEN, *Cosa si intende con 'Li-Fa'?*, in «Confucian Academy» (Héwèi 'lǐfǎ'? «Kǒng xuétáng»), IV (2016), 3, pp. 15-29.

(7) In cinese 清末修律 (Qīngmò xiū lǜ).

(8) Su questa fase di riforma del diritto si veda ZHANG JINFAN, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, Springer-Verlag, 2014, pp. 469-510.

(9) Si veda il caso del diritto penale cinese, I. CARDILLO, *Lo sviluppo del diritto penale cinese dalla fondazione della Repubblica popolare ad oggi*, in «Diritto penale

tura. Esso ha assorbito le esperienze di successo e i fallimenti dei due precedenti passi, ed è ancora in corso nei nostri giorni.

Questo terzo passo del percorso di modernizzazione si concentra e manifesta in due fasi: la prima è il passaggio dal diritto rivoluzionario, dal sistema giuridico rivoluzionario, ad un sistema giuridico di governo. Questa fase è il prodotto della lunga epoca della guerra rivoluzionaria, e del trapianto del sistema giuridico sovietico. Il sistema rivoluzionario classifica la legge e gli organi del sistema giuridico come strumenti, «manico del coltello» per la realizzazione della dittatura di classe⁽¹⁰⁾. L'amministrazione della giustizia è sommaria e si ricorre al principio della presunzione di colpevolezza, «colpevole fino a prova d'innocenza»⁽¹¹⁾. La seconda fase è il passaggio dal trapianto del diritto e degli istituti giuridici stranieri allo sviluppo di un diritto e di un sistema giuridico propri⁽¹²⁾. Questa fase ha radici più profonde che risalgono alla tarda epoca della dinastia Qing. Da allora, il processo di modernizzazione del diritto, della legge e del sistema giuridico cinese è sempre stato contemporaneamente anche un processo di studio delle esperienze giuridiche straniere. L'America, l'Inghilterra, l'Europa, il Giappone, la Russia sovietica sono stati modelli costanti di riferimento. Il trapianto giuridico ha avuto un ruolo fondamentale per la promozione della modernizzazione del diritto tradizionale

XXI secolo», XVII (2018), 2, pp. 261-274. Si veda anche l'acuta riflessione di H.J. BERMAN, *Soviet Perspectives on Chinese Law*, in *Contemporary Chinese Law: Research Problems and Perspectives*, J.A. Cohen (ed.), Cambridge, Harvard University Press, 1970, pp. 313-327.

⁽¹⁰⁾ In cinese 刀把子 (Dāobà zi). Si veda LI YUQING, FENG MENGCHENG, *Dal concetto di sistema giuridico rivoluzionario al concetto dello stato di diritto come strategia di governo del paese. Analisi di novant'anni dello sviluppo del pensiero dello stato di diritto del Partito Comunista*, in «Academic Research» (Cóng gémìng fǎzhì guān dào zhìguó fānglǐ fǎzhì guān – zhōngguó gòngchǎndǎng 90 nián fǎzhì sixiàng fǎzhān de tànsuǒ «Xuésù Yánjiū»), 2011, 9, pp. 40-45.

⁽¹¹⁾ In cinese 有罪推定 (Yǒuzuì tuīdìng).

⁽¹²⁾ HE QINGHUA, *Il trapianto del diritto e l'adattamento locale del diritto*, in «China Legal Science» (Fǎ de yízhí yǔ fǎ de bēntǔ huà «Zhōngguó Fǎxué»), 2002, 3, pp. 4-16; GAO HONGJUN, *La politica di riforma e di apertura e lo sviluppo della comparazione giuridica*, in «Law Science» (Gǎigé kāifāng yǔ zhōngguó bǐjiào fǎ de chéngzhǎng, «Fǎxué»), 2018, 8, pp. 3-18.

cinese⁽¹³⁾. A causa dell'erronea politica di chiusura del paese al mondo esterno praticata per lungo periodo dai circoli di governo delle due dinastie Ming e Qing, si è prodotto un isolamento della Cina da una serie di grandi trasformazioni, come l'industrializzazione mondiale e le grandi scoperte geografiche. Ad eccezione della moderna scienza, della tecnologia e della tendenza illuministica della cultura e del pensiero, non si conoscono in Cina il libero mercato, il costituzionalismo democratico e lo stato di diritto. Dopo l'apertura forzata delle porte del paese con l'invasione delle potenze occidentali, i prodotti, la tecnologia, l'arte, lo studio, e il diritto occidentali irrompono in Cina⁽¹⁴⁾. In questo periodo, il vento della teoria della centralità della cultura e dei valori occidentali è molto forte, persino grandi intellettuali della cultura del tempo si sentono inferiori, « persone di nessun valore »⁽¹⁵⁾. Il trapianto del diritto e del sistema occidentale, da una totale assenza, arriva all'estremo opposto. Il territorio cinese diventa praticamente il terreno di sperimentazione per il sistema giuridico e politico extraterritoriale, occidentale, giapponese, sovietico. La « cultura cinese » (Zhōnghuá wénhuà 中华文化)⁽¹⁶⁾ e la cultura giuridica vengono considerate barbare dagli occidentali. Vengono quindi redatte nuove leggi ispirate a modelli occidentali non conformi ed in rottura con la cultura giuridica della tradizione nazionale⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Si veda l'analisi di LIANG ZHIPING, *Il sistema feudale legale rituale e la legge: il conflitto culturale dell'epoca del trapianto giuridico* (Lǐjiào yǔ fǎlù: Fǎlù yízhí shídài de wénhuà chōngtú), Shanghai Bookstore Publishing House, 2013.

⁽¹⁴⁾ Le potenze occidentali considerano il diritto cinese barbaro ed impongono regimi extraterritoriali di giurisdizione consolare per sottrarre stranieri e controversie riguardanti stranieri alla competenza giurisdizionale del giudice cinese. ZHANG JINFAN, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, cit., p. 481.

⁽¹⁵⁾ In cinese 万事不如人 (Wànshì bùrú rén).

⁽¹⁶⁾ Zhōnghuá wénhuà 中华文化, si riferisce al concetto storico della civiltà cinese, Hua Xia (Huáxià 华夏), alla consapevolezza di un'identità culturale comune legata alla continuità storica di un processo di sviluppo che dura da oltre cinquemila anni, a partire dal periodo dei Tre sovrani e dei cinque imperatori e della dinastia Xia. Cfr. FEI XIAOTONG, *Globalization and Cultural Self-Awareness*, Heidelberg New York Dordrecht London, Springer, 2015, pp. 77-108.

⁽¹⁷⁾ CHEN LI, *Chinese Law in Imperial Eyes: Sovereignty, Justice, and Transcultural Politics*, New York, Columbia University Press, 2016, pp. 25-68.

Il fenomeno attuale della cultura giuridica cinese presenta ancora le caratteristiche di una cultura giuridica in trasformazione, in corso di modernizzazione. Questa trasformazione porta inevitabilmente dal trapianto del diritto straniero verso la creazione di un diritto proprio. Il tentativo è quello di creare un diritto cinese con caratteristiche moderne, che non consiste nel rifiuto del diritto straniero, e neanche nella restaurazione del diritto antico. Bisogna evitare di perdere la propria identità nel trapianto di modelli stranieri, e riuscire ad innovare la tradizione nel tentativo di ereditarla⁽¹⁸⁾. Le difficoltà sono innumerevoli. Il sistema giuridico rivoluzionario è stato per molto tempo il concetto dominante nell'insegnamento del diritto, ed è ancora abusivamente presente nella *forma mentis* della classe dirigente. Incidenti nell'applicazione della legge, violazioni dei diritti civili, autoesaltazione e arroganza dei poteri pubblici continuano a verificarsi nella società. Ricercare la causa profonda di questo retaggio costituisce il problema più grande. È necessario acquisire nella cultura cinese il principio di legalità, dei limiti al potere politico. Tutti gli organi di governo, gli ufficiali di governo, ogni partito politico, ogni organizzazione devono rispettare la legge, obbedire all'autorità della legge, agire nei limiti della legge.

La costruzione di un sistema giuridico proprio, infine, è il risultato innovativo dell'unione tra la giurisprudenza, la legge ed il sistema giuridico cinese e quello straniero. Senza dubbio, il diritto straniero, sia esso diritto americano, inglese, europeo continentale, orientale, è in continuo sviluppo e miglioramento. Il processo di studio dei principi fondamentali della cultura giuridica occidentale deve essere anch'esso continuo.

Le risorse giuridiche della tradizione cinese, a causa di una letteratura scientifica che ricorre alla sovrapposizione di categorie e che pretende di cercare in altre esperienze tracce della propria cul-

(18) GAO HONGJUN, *Cultura giuridica e trapianto giuridico: tra Cina, occidente, passato e presente*, in «Journal of Comparative Law» (Fǎlù wénhuà yǔ fǎlù yízhí: Zhōngxī gǔjīn zhī jiān, «Bǐjiàofǎ Yánjiū»), 2008, 5, pp. 12-24. NIE XIN, *Tra Cina e Occidente: i problemi della modernizzazione giuridica nella prospettiva della storia e comparazione del diritto* (Zhōngxī zhī jiān: Lìshǐ yǔ bǐjiào fǎ shìyè xià de fǎlù xiàndàihuà wèntí), Pechino, Law Press China, 2015.

tura, sono giudicate negativamente⁽¹⁹⁾. Per iniziare c'è un lavoro di radicale revisione che andrebbe realizzato, quindi riapprendere l'io del diritto antico cinese, del sistema giuridico cinese tradizionale. Soltanto dopo, prendere in considerazione razionalmente e consapevolmente l'eredità e la trasmissibilità della tradizione, il suo sviluppo, e provare ad apportare delle innovazioni. Questo punto ha già ricevuto l'attenzione della società e dei circoli accademici, che lo giudicano come un lavoro necessario, estremamente complesso e oneroso⁽²⁰⁾. Con il XVIII Congresso Nazionale del Partito Comunista, anche i massimi dirigenti del paese hanno enfatizzato l'importanza del recupero della cultura tradizionale, in particolare la cultura confuciana che storicamente ha avuto un ruolo guida. La «autostima culturale»⁽²¹⁾, intesa come consapevolezza della propria tradizione millenaria, è diventata una delle basi della cultura cinese odierna⁽²²⁾.

Il tentativo di costruzione ed innovazione del diritto cinese attraverso l'integrazione delle risorse giuridiche cinesi e di quelle straniere è soltanto una parte, un sottosistema, dell'integrazione e dell'innovazione più generale che coinvolge l'intera cultura⁽²³⁾. Nella storia

⁽¹⁹⁾ Questo è il grande problema dell'orientalismo giuridico. Per un esempio di tale approccio si veda J. ESCARRA, *Le droit chinois*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936. Sul tema si veda l'analisi di T. RUSKOLA, *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law*, Harvard University Press, 2013. Sullo studio della storia del diritto cinese si veda W.P. ALFORD, E.T. SCHLUESSEL, *Legal History*, in *A Companion to Chinese History*, a cura di M. Szonyi, Oxford, Wiley Blackwell, 2017, pp. 277-289. Importante anche il contributo di W.P. ALFORD, *Law, Law, What Law? Why Western Scholars of Chinese History and Society Have Not Had More to Say about Its Law*, in «Modern China», XXIII (1997), 4, pp. 398-419.

⁽²⁰⁾ SUN MINGCHUN, *Oltre la 'controversia Cina-Occidente': cento anni di evoluzione degli studi giuridici cinesi*, in «China Social Science Review» (Chāoyuè 'zhōngxī zhī zhēng': Bǎinián zhōngguó fǎxué yǎnjìn «Zhōngguó Shèhuì Kēxué Píngjià»), 2019, 3, pp. 73-82.

⁽²¹⁾ In cinese 文化自信 (Wénhuà zìxìn).

⁽²²⁾ Si veda il testo ufficiale pubblicato sul sito del Partito Comunista sui progressi fatti nell'ereditare la cultura tradizionale cinese a partire dal XVIII Congresso Nazionale (Dǎng de shíbā dà yǐlái zhōnghuá yōuxiù chuántǒng wénhuà chuánchéng fāzhǎn shùpíng) disponibile al sito: <http://cpc.people.com.cn/n1/2017/0223/c64387-29102510.html>.

⁽²³⁾ LIANG ZHIPING, *Una interpretazione culturale della legge* (Fǎlù de wénhuà jiěshì), Pechino, SDX Joint Publishing Company, 1998, p. 42 e ss.

dello sviluppo della cultura cinese c'è stato un processo di assorbimento e di integrazione della cultura buddista dell'Asia del sud. Questo processo, che inizia con il periodo Han Wei (206 a.C.-263 d.C.) e che dura per tutto il periodo Tang Song (618 d.C.-1279), ha attraversato una prima fase conflittuale per poi svilupparsi in un'integrazione innovativa, ma ha necessitato di molti secoli per compiersi. In questo caso la mescolanza culturale ha temprato e promosso la forza d'innovazione e d'integrazione della cultura cinese⁽²⁴⁾. Tale processo ha però prodotto poco per il sistema giuridico.

Lo scambio e l'integrazione attuale tra la cultura e la civiltà cinese e occidentale sono completamente diversi, così come l'impatto sulla cultura giuridica è diverso e molto più significativo. Negli ultimi cento anni, alcuni grandi conflitti, alcune grandi riforme, hanno coinvolto principalmente il sistema giuridico e politico. In questo contesto si può dire che il successo dell'integrazione tra la cultura giuridica cinese e quella occidentale è la premessa per l'integrazione tra la cultura cinese e quella occidentale; la creazione di un sistema giuridico e di *governance* cinese è la base per il successo dell'integrazione tra la cultura cinese e quella occidentale, e quindi del ringiovanimento, del ritorno allo splendore, della cultura cinese.

2. *Il socialismo con caratteristiche cinesi ed il ruolo della tradizione.*

A novembre del 2012, il XVIII Congresso Nazionale del Partito Comunista Cinese ha enunciato i dodici valori centrali del socialismo. In seguito, durante il XIX Congresso Nazionale, è stata ribadita l'importanza dell'applicazione di tali valori, del loro insegnamento, della loro coltivazione e diffusione⁽²⁵⁾. La Suprema corte del popolo cinese, a sua volta, ha individuato dieci casi esemplari per la comprensione di tali valori a beneficio dei giudici dei tribunali inferiori di va-

⁽²⁴⁾ HE BAISHENG, *Buddismo e cultura giuridica tradizionale cinese*, in «Studies in Law and Business» (Fójiào yǔ zhōngguó chuántǒng fǎlù wénhuà, «Fǎshāng Yánjiū»), 1999, 4, pp. 120-128.

⁽²⁵⁾ Si veda *I valori centrali del socialismo*, a cura di I. Cardillo, in «Istituto di Diritto Cinese», 26 gennaio 2018, disponibile all'indirizzo <https://dirittocinese.com/2018/01/26/i-valori-centrali-del-socialismo>.

rio livello⁽²⁶⁾. Detti valori possono essere suddivisi in tre gruppi. Il primo gruppo contiene i valori di « prosperità, democrazia, civiltà, armonia » rappresentanti gli obiettivi, i traguardi delle riforme che il governo nazionale deve raggiungere. Il secondo gruppo contiene i valori della « libertà, uguaglianza, giustizia, stato di diritto », ovvero valori per la guida della società. Nel terzo gruppo sono presenti i valori del « patriottismo, dedizione, integrità, amicizia », ovvero regole morali per i singoli cittadini. Tali valori centrali sono una sintesi della saggezza occidentale e di quella cinese. Essi incarnano l'obiettivo comune dell'umanità ed hanno al contempo un carattere sia nazionale che umanitario. Questi valori sono anche espressione di una continuità storica fortemente legata al confucianesimo. La loro rappresentazione tradizionale è diversa, e sotto alcuni aspetti incompiuta, se si prendono come modello le categorie attuali.

I valori confuciani sono espressi in otto caratteri: benevolenza (rén 仁), rettitudine (yì 义), l'osservanza dei riti e delle convezioni (lǐ 礼), saggezza (zhì 智), rispetto filiale (xiào 孝), fraternità-amore e rispetto per il fratello maggiore (tì 悌), lealtà (zhōng 忠), affidabilità (xìn 信). La « benevolenza » indica l'« amore universale »⁽²⁷⁾; la « rettitudine » indica la « giustizia »⁽²⁸⁾; l'« osservanza dei riti e

⁽²⁶⁾ Si veda il documento della Suprema corte del popolo disponibile all'indirizzo <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-17612.html>.

⁽²⁷⁾ La comprensione generalmente accolta del concetto di 'benevolenza' deriva dalla definizione data da MENCIO nel libro sul *Pieno sviluppo della bontà del cuore*, parte prima (Jīnxīn zhāngjù shàng 尽心章句上), paragrafo 45: « Essere benevolo con il popolo e quindi avere cura per le creature » (rén mín ài wù 仁民爱物). Recita il passo: « Mencio disse: 'Il gentiluomo tratta con cura tutte le creature ma non dimostra benevolenza, è benevolo ma non affettuoso verso il popolo, è affettuoso con i genitori e quindi benevolo con il popolo, è benevolo con il popolo e quindi ha cura per le creature' ».

⁽²⁸⁾ In cinese la definizione è 正义公直 (zhèngyì gōng zhí). I caratteri 公直 (gōng zhí) 'diritto/retto' derivano dal libro *Primavera e autunni di Lǐ Bei* (Lu shì chūnqiū, 吕氏春秋), *Parte sette, considerazioni sulla libertà dalla volgarità* (lí sú lǎn dì qī 离俗览第七), paragrafo *Sull'Adesione al principio di giustizia* (gāo yì 高义), paragrafo 5, dove i caratteri 公直 (gōng zhí) sono accostati ai caratteri 无私 (wú sī), 'senza interessi privati'. La persona retta, giusta, è dunque una persona imparziale. Le *Primavera e autunni di Lǐ Bei* ricordano a tale proposito la condotta dell'ufficiale del re Zhao l'intellettuale di nome Shi Zhu. Un giorno Shi Zhu, inseguendo un assassino, scopre che si tratta di suo padre, e senza arrestarlo ritorna a corte e chiede di essere condannato a morte per non essere stato in grado di arrestare il proprio padre e dun-

delle convenzioni» fa riferimento all'«osservanza dei riti e obbedienza alla legge»; la «saggezza» esprime «l'ossequio della saggezza e la ricerca della verità»; il «rispetto filiale» rimanda al «culto degli antenati e al rispetto per gli anziani»; «fraternità/amore e rispetto per il fratello maggiore» indica «unità e amicizia»; «lealtà» esprime la «lealtà al paese»; «l'affidabilità» indica «onestà e fiducia»⁽²⁹⁾. Confucio invita alla «raffinatezza delle maniere»⁽³⁰⁾ e all'«armonia come elemento più prezioso»⁽³¹⁾. Egli ritiene che colui che governa il paese debba ricorrere ad una politica di bassa tassazione e riduzione dei costi, deve «arricchire» e «istruire» il popolo⁽³²⁾. Mencio, il secondo pensatore confuciano, enfatizza l'importanza della protezione dei «beni immobili del popolo», perché solo con il possesso «di beni immobili» si può avere «perseveranza»⁽³³⁾. La ricchezza del popolo è la base per un paese ricco e quindi forte.

Il celebre detto di Confucio «non fare agli altri quello che non vorresti gli altri facessero a te»⁽³⁴⁾, ha ottenuto il consenso dei residenti del villaggio globale. Esso contiene la preziosa affermazione

que per aver favorito un criminale violando l'imparzialità della legge. Il re decide di risparmiargli la vita, ma Shi Zhu ribadisce di non poter essere un bravo figlio se non aiuta il padre, e di non essere un bravo ufficiale se viola la legge o permette la sua violazione. Per lui il perdono del re è contro la morale dell'ufficiale e viola la legge sulla condotta dei funzionari, decide allora di suicidarsi.

⁽²⁹⁾ Le definizioni dei valori confuciani riportate sono rispettivamente espresse nel dibattito giuridico cinese nelle seguenti formule: 尚礼守法 (Shàng lǐ shǒufǎ), 崇智求真 (Chóngzhì qiú zhēn), 敬祖尊老 (Jìng zǔ zūn lǎo), 团结友善 (Tuánjié yǒushàn), 忠于国家 (Zhōngyú guójiā), 诚实守信 (Chéngshí shǒuxìn).

⁽³⁰⁾ In cinese 文质彬彬 (wénzhì bīnbīn). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro VI Yongye* (Lúnyǔ, Yōngyě 论语, 雍也), paragrafo 18, dice: «Quando il temperamento prevale sulla cultura si è rustici, se la cultura prevale sul temperamento si è pedanti. Quando la cultura e il temperamento sono in equilibrio allora si ha il gentiluomo».

⁽³¹⁾ In cinese 和为贵 (Hé wéi guì). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro I Xue er* (Lúnyǔ, Xué ér 论语, 学而), paragrafo 12 dice: «Nella pratica dei riti la cosa più preziosa è l'armonia».

⁽³²⁾ CONFUCIO, *Dialoghi, Libro XIII Zilu* (Lúnyǔ, Zilù 论语, 子路), paragrafo 9.

⁽³³⁾ MENCIO, *Libro Primo Re Hui di Liang* (Liáng huì wáng shàng 梁惠王上), paragrafo 7.

⁽³⁴⁾ In cinese 己所不欲, 勿施于人 (Jǐ suǒ bù yù, wù shī yú rén). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro XII Yanyuan* (Lúnyǔ, Yányuān, 论语, 颜渊), paragrafo 2.

del rispetto reciproco e del rispetto dei diritti, e costituisce la base dei valori quali «libertà, uguaglianza, giustizia, stato di diritto». Il confucianesimo presta attenzione alla coltivazione della «personalità del gentiluomo» (Jūnzǐ 君子). La caratteristica essenziale del «gentiluomo che aggiunge umiltà all'umiltà»⁽³⁵⁾ non riguarda maniere superficiali ed eleganti, ma una reverenza ed un'integrità del cuore. Il libro confuciano «Il giusto mezzo» (Zhōngyōng 中庸) espone molto bene i concetti di «onestà» (Chéng 诚), «reverenza» (Jìng 敬), della «via dell'equilibrio» (Zhōng dào 中道). L'onestà e la buona fede appartengono al «principio celeste» (Tiānlǐ 天理) alla «legge naturale» (Tiāndào 天道), e sono rispettate negli accordi privati dal popolo della Cina antica.

In molti dubitano o addirittura criticano il confucianesimo, principalmente per la mancanza dei valori della «libertà, uguaglianza, giustizia, stato di diritto», e per la sua limitata capacità di fondare una moderna società vicina ai valori occidentali. Su questo tema si è sviluppata una prospera produzione scientifica, espressione di un forte dibattito⁽³⁶⁾. Circa il valore della libertà, il confucianesimo parla di libertà della persona, libertà di espressione. Le affermazioni di Confucio: «vorrei bagnarmi nel fiume Yi, godermi la brezza sulla Terrazza della Danza della Pioggia, per poi fare ritorno cantando»⁽³⁷⁾, «mi allontanerò su una zattera»⁽³⁸⁾, e quelle

⁽³⁵⁾ In cinese 谦谦君子 (Qiānqiānjūnzǐ). L'espressione è tratta dal *Libro dei mutamenti* (Yì Jīng, Qiān 易经, 谦), paragrafo 2.

⁽³⁶⁾ Si vedano i contributi di HU SHAOHUA, *Confucianism and Western Democracy*, in «Journal of Contemporary China», 1997, 6, pp. 347-363; F. FUKUYAMA, *Confucianism and Democracy*, in «Journal of Democracy», 1995, 6, pp. 20-33; W.T. DE BARY, *The Trouble with Confucianism*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991; TU WEI-MING, *Confucianism and Liberalism*, in «Dao: A Journal of Comparative Philosophy», 2002, 2, pp. 1-20; XU KEQIAN, *Early Confucian Principles: The Potential Theoretic Foundation of Democracy in Modern China*, in «Asian Philosophy», 2006, 16, pp. 135-148; D. HALL, R. AMES, *Democracy of the Dead: Dewey, Confucius and the Hope for Democracy*, London, Open Court, 1999; D.A. BELL, *Il modello Cina. Meritocrazia politica e limiti della democrazia*, Luiss University Press, 2019.

⁽³⁷⁾ In cinese 浴乎沂, 风乎舞雩, 咏而归 (Yù hū yí, fēng hū wǔ yú, yǒng ér guī). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro XI Xianjin* (Lúnyǔ, 论语 Xianjin 先进), paragrafo 26.

⁽³⁸⁾ In cinese 乘桴海 (Chéng fú hǎi). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro V Gongye zhang* (Lúnyǔ, 论语, Gōng yě zhǎng 公冶长), paragrafo 7.

di Mencio «nell'offrire consigli ai grandi do loro poca importanza»⁽³⁹⁾ ne sono testimonianze. A proposito dell'uguaglianza, il confucianesimo parla di uguaglianza e non di egualitarismo. Xunzi parla della necessità di «garantire uniformità nella diversità»⁽⁴⁰⁾. Il confucianesimo rispetta l'osservanza dei riti. I riti definiscono la «reverenza» (Jìng 敬), le «distinzioni» (Fēn 分), le «categorie» (Bié 别), determinano lo status gerarchico dell'uomo sociale. Spesso i giuristi cinesi citano il testo di Henry Sumner Maine, «Ancient Law», e la teoria del passaggio «dallo status al contratto», per spiegare come il confucianesimo rispettando gli status sociali sia contrario all'uguaglianza⁽⁴¹⁾. Nella Cina antica si fa spesso ricorso a forme contrattuali tra privati per le transazioni soprattutto immobiliari. Nei rapporti giuridici, le due parti che firmano un contratto sono due soggetti paritari di diritto. Questa coesistenza tra status e rapporto contrattuale non è un mistero, e costituisce proprio una caratteristica del sistema giuridico basato sui riti della Cina antica. Su queste categorie si dovrebbero soffermare i moderni civilisti cinesi⁽⁴²⁾.

Sulla giustizia, i teorici moderni enfatizzano «la giustizia visibile»⁽⁴³⁾, vale a dire la «giustizia procedurale»⁽⁴⁴⁾, la «giustizia

⁽³⁹⁾ In cinese 说大人则藐之 (Shuō dàrén zé miǎo zhī). MENCIO, *Pieno sviluppo della bontà del cuore*, parte seconda (Jìnxīn zhāngjù xià 尽心章句下), paragrafo 35.

⁽⁴⁰⁾ In cinese 惟齐非齐 (wéi qí fēi qí). *Classico dei Documenti, Il documento della Dinastia Zhou, Il marchese di Lu sulle punizioni* (Shàngshū 尚书, Zhōu shū 周書, Lu xíng 呂刑), paragrafo 8.

⁽⁴¹⁾ LIANG ZHIPING, 'Dallo status al contratto' una rivoluzione delle relazioni sociali, riflessioni su 'Ancient Law' di Maine, in «Dushu» ('Cóng shēnfèn dào qiyuē': Shèhuì guānxì de géming – dú méi yīn 'gǔdài fǎ' suíxiāng «Dúshū»), 1986, 6, pp. 22-31.

⁽⁴²⁾ YU JIANG, *Distinzione tra 'accordo' e 'contratto' a partire dai documenti contrattuali di epoca Qing*, in «Social Sciences in China» ('Qiyuē' yǔ 'hétóng' zhī biàn – yī qīng dài qiyuē wénshū wéi chūfādiǎn «zhōngguó shèhuì kēxué»), 2003, 6, pp. 134-148.

⁽⁴³⁾ CHEN RUIHUA, *La giustizia visibile* (Kàn dé jiàn de zhèngyì), Pechino, China Legal Publishing House, 2000.

⁽⁴⁴⁾ Il dibattito cinese sul tema prende spunto dalla traduzione cinese dell'opera di M.D. BAYLES, *Procedural Justice: Allocating to Individuals*, Kluwer Academic Publishers, 1990, pubblicato in cinese per i tipi della Higher Education Press nel 2005 da Deng Haiping.

formale». Confucio dice: «Nel giudicare le cause sono come chiunque altro»⁽⁴⁵⁾. Quello che Confucio intende dire è: quando un caso entra nella sua fase processuale, in quanto giudice, egli (Confucio) non è diverso dagli altri giudici, ovvero egli deve giudicare il caso in base alla procedura legale e alla giustizia legale. Ciò comporta l'identificazione del doppio valore della giustizia sostanziale e della giustizia procedurale. Tuttavia, nel complesso, il confucianesimo guarda alla giustizia sostanziale. I moderni casi di Xu Ting⁽⁴⁶⁾ e di Wu Ying⁽⁴⁷⁾ sono un esempio di come la cultura giuridica tradizionale della giustizia sostanziale sia ancora viva nella Cina moderna.

⁽⁴⁵⁾ In cinese 听讼，吾犹人也 (Tīngsòng, wú yóu rén yě). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro XII Yanyuan* (Lúnyǔ, Yányuān, 论语, 颜渊), verso 13.

⁽⁴⁶⁾ Dalla sera del 21 all'alba del 22 aprile del 2006, il giovane Xu Ting dello Shanxi utilizza uno sportello automatico ATM a Guangzhou, e approfittando del suo malfunzionamento, preleva 175.000 renminbi. Il 20 novembre 2007, il tribunale intermedio di Guangzhou accusa Xu Ting di furto a danno di istituto finanziario, e lo condanna all'ergastolo, privandolo a vita di ogni diritto politico, e confiscando ogni suo bene. Il caso Xu Ting ottiene subito una grande attenzione mediatica, cui fa seguito un grande dibattito pubblico dove intervengono anche giuristi ed avvocati. L'opinione pubblica intera considera la pena sproporzionata e le forme procedurali inconsistenti rispetto alla giustizia sostanziale. Successivamente il tribunale provinciale del Guangdong richiede la riapertura del caso per «mancanza di chiarezza dei fatti, e prove insufficienti». Il 31 marzo del 2008, il tribunale intermedio di Guangzhou riforma la pena e condanna Xu Ting a cinque anni di detenzione, al pagamento di una multa, e alla restituzione di quanto illegalmente ottenuto. Il tribunale provinciale del Guangdong approva il giudizio di primo grado.

⁽⁴⁷⁾ Wu Ying, nata il 20 maggio del 1981, in una famiglia di contadini a Dongyang, nello Zhejiang, è un'ex rappresentante legale di un'azienda dello Zhejiang. Il 16 marzo del 2007 viene arrestata per sospettato crimine di raccolta illegale di fondi. A dicembre del 2009, il giudice di primo grado del tribunale intermedio della città di Jinhua la condanna a morte per frode finanziaria. Il 18 gennaio 2012, il giudice d'appello del tribunale provinciale dello Zhejiang conferma il giudizio di primo grado e inoltra la sentenza alla Suprema corte del popolo per approvazione finale. Avvocati, giuristi e membri della società civile inoltrano numerose petizioni, invocando di «gettare il coltello e salvare la persona». Il 20 aprile del 2012, la Suprema corte del popolo non approva la condanna a morte, rinviando il caso al tribunale provinciale dello Zhejiang. Il 21 maggio 2012, il tribunale provinciale dello Zhejiang condanna Wu Ying a morte con due anni di sospensione dell'esecuzione della condanna. L'11 luglio del 2014 la pena di morte viene ridotta all'ergastolo, e il 23 marzo 2018 a 25 anni di detenzione.

I valori della «libertà, uguaglianza, giustizia, stato di diritto» sono anch'essi presenti nel pensiero confuciano, che contiene elementi che li confermano e sostengono, senza opporvisi. Consideriamo il tema dello stato di diritto molto spesso frainteso. L'incomprensione più importante riguarda la contrapposizione tra il governo dell'uomo — considerato tipico del pensiero confuciano — e il governo della legge — considerato tipico del pensiero legista⁽⁴⁸⁾. Nel dibattito corrente sulle moderne forme di governo, il concetto del «governo della legge» (Fǎzhì 法治) è spesso contrapposto a quello del «governo dell'uomo» (Rénzhì 人治). In questo contesto, il governo della legge indicherebbe così il buon governo, basato su «leggi buone» osservate da tutti. Questa forma di governo della legge è considerata migliore di quella del «governo del singolo» (Yīrén zhī zhì 一人之治⁽⁴⁹⁾) prevista dal governo dell'uomo. Il tema è molto più complesso, bisogna evitare sovrapposizioni di categorie e fare molta attenzione al lessico. Nel cinese classico non troviamo il termine «governo della legge», che compare solo dopo la traduzione del rispettivo concetto greco⁽⁵⁰⁾. I due concetti di «governo della legge» e di «governo dell'uomo», e le relative categorie concettuali, sono stati introdotti in tempi moderni. Il termine moderno cinese per «stato di diritto», espresso allo stesso modo del «governo della legge», indica soprattutto un sistema generale di amministrazione del paese, applicato dai paesi occidentali ed orientali per realizzare la modernizzazione della politica. Quando si discute dell'opposizione tra confucianesimo e stato di diritto, e della relazione tra legismo e stato di diritto, è necessario fare attenzione al problema della comparabilità e della storicità dei concetti.

(48) Per un inquadramento generale del tema e del dibattito si veda A.H.Y. CHEN, *China's Long March towards Rule of Law or China's Turn against Law?*, in «The Chinese Journal of Comparative Law», 2016, 4, pp. 1-35.

(49) L'espressione 'governo del singolo' (Yīrén zhī zhì 一人之治) è espressa nell'opera di GUANZI (Guānzi 管子), *Libro LII Sui sette tipi di sovrano e sette tipi di ufficiale* (Qī chén qī zhǔ 七臣七主), paragrafo 2.

(50) HE QINGHUA, *Origine dei termini giuridici*, I (Fǎlù míngcí de qǐyuán, shàng), Pechino, Peking University Press, 2009, pp. 47-53.

Per quanto riguarda il legismo, questo incoraggia un sovrano che non ascolta, che decide e governa da solo, ovvero il «governo del singolo», il monarca. Il monarca si pone al di sopra della legge, tutti e tutto sono a lui soggetti. I legisti esortano il sovrano all'utilizzo della legge, del potere, dell'arte. Il potere (Shì 勢) si riferisce al potere di vita e di morte del sovrano. L'arte (Shù 术) è l'abilità di controllare le cospirazioni degli ufficiali sottoposti. La legge (Fǎ 法) non è l'odierna legge (Fǎlǜ 法律), ma indica la pena (Xíng 刑) la punizione (fá 罚). Il legisti invocano il principio delle «pene crudeli e punizioni severe»⁽⁵¹⁾ ovvero di una legge rigida e severa, e di «pene severe per i crimini minori»⁽⁵²⁾. Questa forma di legge non è affatto una legge buona, mite. Non è possibile estrarre dal concetto del «governo del paese attraverso la legge» (Yǐ fǎzhì guó 以法治国⁽⁵³⁾) due caratteri e affermare che i legisti sostengano il moderno «governo della legge» (Fǎzhì 法治), ma è necessario analizzare la sostanza della legge (Fǎ 法). I legisti non parlano di una legge buona, ma del governo del singolo sovrano, è assente l'idea dell'uso della legge come di uno strumento oggettivo ed imparziale. I legisti guardano al monarca come un dittatore assoluto, si tratta dell'estremizzazione del governo del singolo.

Il pensiero confuciano, a livello politico, parla ugualmente di una teoria del governo del monarca. Tuttavia questa forma di monarchia è orientata verso il popolo. Per il confucianesimo «il sovrano è la barca ed il popolo l'acqua»⁽⁵⁴⁾; per Mencio «il popolo è l'elemento più importante il sovrano il meno»⁽⁵⁵⁾, questi i due

⁽⁵¹⁾ In cinese 严刑峻罚 (Yánxíng jùn fá). FAN YE, *Il libro degli Han posteriori, Biografie, Vol. LII, Biografia di Cui Yin* (Hòuhàn shū, Lièzhuàn, Cuī yīn lièzhuàn 后汉书, 列传, 崔駰列传), paragrafo 30.

⁽⁵²⁾ In cinese 轻罪重刑 (Qīng zuì zhòng xíng). Sui 'crimini minori' (Qīng zuì 轻罪) il riferimento è HAN FEIZI, *Compilazione interna di detti* (Nèi chǔ shuō shàng, 内储说上), paragrafi 4 e 35. Sulle 'pene severe' (Zhòng xíng 重刑) il riferimento è HAN FEIZI, *Le sei contrarietà* (Liù fǎn 六反), paragrafo 6, e Id., *Impartire ordini ridotti* (Chīlǐng 飭令), paragrafo 3.

⁽⁵³⁾ HAN FEIZI, *Avere delle misure* (Yǒu dù 有度), paragrafo 5.

⁽⁵⁴⁾ In cinese 民水君舟 (Mín shuǐ jūn zhōu). XUNZI, *Libro XXXI, Il Duca di Ai* (Xúnzi āigōng 荀子哀公), paragrafo 10.

⁽⁵⁵⁾ In cinese 民贵君轻 (Mín guì jūn qīng). MENCIO, *Pieno sviluppo della bontà del cuore, parte seconda* (Jīnxīn zhāngjù xià 尽心章句下), paragrafo 60.

principi più rappresentativi della centralità del popolo. La monarchia appartiene alla categoria del governo dell'uomo. A livello teorico, sia il confucianesimo che il legismo guardano al governo dell'uomo. Tuttavia il confucianesimo parla del governo del monarca orientato al popolo, mentre il legismo parla di governo del despota orientato al proprio interesse. Ciò che li distingue non è l'essenza ma il grado. Come detto in precedenza, il «governo della legge» e il «governo dell'uomo» sono una coppia contrapposta di categorie, ma tale differenziazione e antagonismo non esiste tra confucianesimo e legismo. La disputa sulla strategia del governo del paese tra confucianesimo e legismo nella Cina precedente alla dinastia Qin non è una disputa tra il governo della legge ed il governo dell'uomo, ma un confronto sulla centralità del popolo o del sovrano, tra la buona legge ed il governo virtuoso della via della benevolenza basata sulla complementarità delle punizioni, delle politiche, dei riti e della morale, oppure il governo oppressivo e la dura legge della via della forza e della tirannia basata su pene severe e punizioni crudeli. In breve, utilizzare la dicotomia tra il governo confuciano dell'uomo ed il governo legista della legge per guardare e valutare la disputa tra confucianesimo e legismo precedente alla dinastia Qin non è appropriato. Dopo le dinastie Qin e Han (dal 221 a.C. al 220 d.C.), il pensiero confuciano diventa la base culturale che assorbe e combina le teorie delle cento scuole di pensiero, compresa la scuola legista. Dopo questo periodo scompare del tutto la possibilità di tracciare una storia del pensiero giuridico sul conflitto e contrapposizione tra il governo della legge ed il governo dell'uomo.

Sebbene nella Cina antica non emerga un sistema teorico completo del pensiero giuridico del governo della legge, il concetto della buona legge, l'affermazione di una rigorosa applicazione della legge, la teoria del sovrano soggetto alla legge, sono tuttavia presenti in ogni epoca, e rappresentano elementi e risorse storiche utili per la costruzione di un moderno stato di diritto. Ad esempio, attingendo al confucianesimo, troviamo i seguenti principi: «guidare il popolo con la virtù e uniformarlo con i riti»⁽⁵⁶⁾, «go-

⁽⁵⁶⁾ In cinese 导德齐礼 (Dǎo dé qí lǐ). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro II Weizheng* (Lúnyǔ wéi zhèng 论语为政), paragrafo 3.

verno del vero sovrano»⁽⁵⁷⁾, «retta via»⁽⁵⁸⁾, «giusto mezzo»⁽⁵⁹⁾, «pene e punizioni giuste»⁽⁶⁰⁾, «provare compassione e alleviare le condanne»⁽⁶¹⁾, «assenza di controversie»⁽⁶²⁾ espressi o attribuiti a Confucio; poi i principi «regolare la vita del popolo»⁽⁶³⁾ garantendo la proprietà degli immobili, «incoraggiare il lavoro e alleviare i gravami»⁽⁶⁴⁾ al fine di favorire la circolazione dei beni e la compravendita, «ridurre le tasse»⁽⁶⁵⁾, «la bontà sola non basta per governare, le leggi non possono applicarsi da sole»⁽⁶⁶⁾ espressi da Mencio; troviamo le teorie: «esaltare i riti e applicare la legge»⁽⁶⁷⁾, «opporsi ai riti equivale a non avere leggi»⁽⁶⁸⁾, «il

⁽⁵⁷⁾ In cinese 王者之政也 (Wángzhě zhī zhèng yě). XUNZI, *Libro nono, Sul regolamento del sovrano* (Xúnzi, wángzhì 荀子, 王制), paragrafo 1.

⁽⁵⁸⁾ In cinese 直道 (Zhídào). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro XV Wei Linggong* (Lúnyǔ, wèi líng gōng 论语, 卫灵公), paragrafo 25.

⁽⁵⁹⁾ In cinese 中庸 (Zhōngyōng). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro VI Yongye* (Lúnyǔ, Yōngyě 论语, 雍也), paragrafo 29.

⁽⁶⁰⁾ In cinese 刑罰中 (Xíngfá zhōng). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro XIII Zilu* (Lúnyǔ, zilù 论语, 子路), paragrafo 3.

⁽⁶¹⁾ In cinese 哀矜折獄 (Āijīn zhé yù). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro XIX Zi Zhang* (Lúnyǔ, zi zhāng 论语, 子张), paragrafo 19. Lo stesso principio compare anche nel *Classico dei Documenti, Il documento della Dinastia Zhou, Il marchese di Lu sulle punizioni* (Shàngshū 尚书, Zhōu shū 周書, Lu xíng 呂刑), paragrafo 8.

⁽⁶²⁾ In cinese 无讼 (Wú sòng). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro XII Yanyuan* (Lúnyǔ, Yányuān 论语, 颜渊), paragrafo 13.

⁽⁶³⁾ In cinese 制民之产 (Zhì mǐn zhī chǎn). MENCIO, *Libro Primo Re Hui di Liang Parte Prima* (Liáng huì wáng shàng 梁惠王上), paragrafo 7.

⁽⁶⁴⁾ In cinese 通工易事 (Tōng gōng yì shì). MENCIO, *Libro III Gongsun Chou Parte Prima* (gōngsūn chōu shàng 公孙丑上), paragrafo 5.

⁽⁶⁵⁾ In cinese 薄税敛 (Báo shuì liǎn). MENCIO, *Libro I Re Hui di Liang Parte Prima* (Liáng huì wáng shàng 梁惠王上), paragrafo 5.

⁽⁶⁶⁾ In cinese 徒善不足以为政, 徒法不能以自行 (Tú shàn bùzú yǐwéi zhèng, tú fǎ bùnéng yǐ zìxíng). MENCIO, *Libro VII, Li Lou Parte Prima* (lí lóu shàng 离娄上), paragrafo 1.

⁽⁶⁷⁾ In cinese 隆礼重法 (Lóng lǐ zhòng fǎ). «Esaltare i riti» (Lóng lǐ 隆礼), XUNZI, *Libro I, Esortazione allo studio* (Quàn xué 劝学), paragrafo 15. «Applicare e conoscere la legge» (zhòng fǎ 重法), XUNZI, *Libro XII, La via del signore* (Jūn dào 君道), paragrafo 1.

⁽⁶⁸⁾ In cinese 非礼无法 (Fěilǐ wúfǎ). XUNZI, *Libro II Sulla coltivazione personale* (Xiūshēn 修身), paragrafo 10.

buon governante arreca stabilità al paese»⁽⁶⁹⁾, e i detti «prima la virtù e poi la pena», «prima insegnare e poi punire»⁽⁷⁰⁾, «mostrare virtù ed essere prudenti nelle punizioni»⁽⁷¹⁾, «la legge vince sugli interessi privati»⁽⁷²⁾, «la pena deve essere adeguata al crimine»⁽⁷³⁾ espressi da Xunzi. Guardando al legismo possiamo estrapolare dal sistema delle pene severe e delle leggi rigide i principi del «governare il paese attraverso la legge» (Yǐ fǎzhì guó 以法治国), «nell'amministrazione delle pene non risparmiare gli ufficiali, nel conferimento dei premi non escludere le persone ordinarie»⁽⁷⁴⁾. Questi elementi possono costituire fonti culturali del pensiero giuridico per la costruzione di uno stato di diritto moderno con caratteristiche cinesi.

3. *Il diritto cinese attuale e la tradizione: l'esempio della codificazione civile.*

Il Segretario Generale Xi Jinping, nella sua relazione in occasione del XIX Congresso Nazionale del Partito Comunista Cinese, ha particolarmente enfatizzato le «caratteristiche cinesi»⁽⁷⁵⁾ che il sistema giuridico deve esprimere. Tuttavia, definire quali siano i connotati e l'estensione delle «caratteristiche cinesi» è molto arduo. Probabilmente provare a comprendere queste caratteristiche nel

⁽⁶⁹⁾ In cinese 治人治法 (Zhì rénzhì fǎ). XUNZI, *Libro IX, Sul regolamento del sovrano* (Xúnzi, wángzhì 荀子, 王制), paragrafo 3.

⁽⁷⁰⁾ In cinese rispettivamente 先德后刑 (Xiān dé hòu xíng) e 先教后罚 (Xiān jiào hòu fá). Si veda XUNZI, *Libro XV, Dibattito sui principi della guerra* (Yì bīng 议兵), paragrafo 25.

⁽⁷¹⁾ In cinese 明德慎罚 (Míng dé shèn fá). XUNZI, *Libro XXV, Odi del lavoro* (Chéng xiāng 成相), paragrafo 1.

⁽⁷²⁾ In cinese 法胜私 (Fǎ shèng sī). XUNZI, *Libro II, Sulla coltivazione personale* (Xiūshēn 修身), paragrafo 12.

⁽⁷³⁾ In cinese 刑当罪 (Xíng dāng zuì). XUNZI, *Libro XXIV, Sul Gentiluomo* (Jūnzǐ 君子), paragrafo 3.

⁽⁷⁴⁾ In cinese 刑过不避大臣, 赏善不遗匹夫 (Xíngguò bù bì dàchén, shǎng shàn bù yí pǐfū). HAN FEIZI, *Avere delle misure* (Yǒu dù 有度), paragrafo 5.

⁽⁷⁵⁾ In cinese 中国特色 (Zhōngguó tèsè). Si veda *XIX Congresso Nazionale del Partito Comunista Cinese. Discorso di Xi Jinping*, a cura di I. Cardillo, in «Istituto di Diritto Cinese», 29 ottobre 2017, disponibile all'indirizzo <https://dirittocinese.com/2017/10/18/xix-congresso-nazionale-del-partito-comunista-cinese-discorso-di-xi-jinping>.

quadro più generale della cultura potrebbe aiutare a chiarire il tema. La cultura è plurale. Al mondo ci sono popoli e paesi con la propria storia e cultura, tutti possono avere ed hanno caratteristiche proprie. La cultura cinese⁽⁷⁶⁾ è antica ed ininterrotta, sedimentata nel corso dei millenni. I sistemi economico, politico, giuridico, scientifico, educativo, culturale, sanitario hanno sviluppato delle caratteristiche proprie. Il diritto civile regola gli aspetti della vita familiare, sociale ed economica delle persone, comprendendo i diritti e gli interessi immediati. Vi troviamo disposizioni sul matrimonio, sui funerali, sulla nascita, sull'invecchiamento, sul cibo, sul vestiario, sull'abitazione, sui trasporti ecc. «Quando il cielo creò l'uomo, donò cose e relative leggi»⁽⁷⁷⁾. Esclusa la carta costituzionale, il diritto civile diventa una legge fondamentale per la vita sociale. Esso costituisce anche il diritto che più difficilmente si può separare dalla cultura storica e dalla cultura nazionale di un paese. Per analizzare le caratteristiche cinesi del diritto cinese possiamo dunque guardare al diritto civile.

Le «Previsioni generali del diritto civile»⁽⁷⁸⁾ di nuova formulazione hanno confermato ed ereditato alcune buone consuetudini del popolo cinese, con distintive caratteristiche culturali e nazionali.

Innanzitutto è da rilevare l'inserimento nelle «Previsioni generali del diritto civile» dell'ordine pubblico e del buon costume. L'art. 8 stabilisce: «I soggetti di diritto civile nello svolgimento di attività civili non devono violare la legge e non devono contravvenire all'ordine pubblico e al buon costume». L'ordine pubblico ed il buon costume sono principi generali comunemente riconosciuti dai codici civili di ogni paese, la differenza consiste nei loro connotati che non sono identici. Le «Previsioni generali del diritto civile» riconoscono il ruolo di fonte del diritto alle consuetudini.

⁽⁷⁶⁾ Qui si intende il concetto Zhōnghuá wénhuà 中华文化. Si veda nota 16.

⁽⁷⁷⁾ In cinese 天生蒸民，有物有則 (Tiānshēng zhēng mǐn, yǒu wù yǒu zé). Mencio cita in questo passaggio il *Libro delle Odi* III, 26, I. Vedi MENCIO, *Libro Undicesimo Gaozi parte prima* (Gào zǐ shàng, 告子上), paragrafo 6.2.

⁽⁷⁸⁾ In cinese 中华人民共和国民法总则 (Zhōnghuá rénmin gònghéguó mínfǎ zǒngzé). Le Previsioni generali del diritto civile sono state adottate il 15 marzo del 2017 dalla V sessione della XII Assemblea Nazionale del Popolo. Il testo è composto da 206 articoli, e, nell'intento del legislatore, costituirà la parte generale del futuro codice civile cinese, la cui adozione è prevista per il 2020.

L'art. 10 stabilisce: «La risoluzione delle dispute civili deve basarsi sulla legge; se non ci sono disposizioni di legge, è possibile utilizzare le consuetudini ma non devono violare l'ordine pubblico ed il buon costume». Questa regola non solo è conforme alla tendenza internazionale di sviluppo della legislazione civile, ma rispetta e segue anche la cultura di diritto civile tramandata dalle varie generazioni del popolo cinese.

La Cina antica non ha scritto un codice civile. Storicamente la Cina ha sempre avuto un vasto territorio, una numerosa popolazione, abbondanti forme di commercio, frequenti scambi commerciali tra il territorio interno e l'esterno. L'antica via del tè e dei cavalli, le vie della seta marittime e terrestri, sono famose in tutto il mondo. Attività civili e commerciali, ampie e durature, non hanno avuto bisogno del sostegno di un quadro normativo di migliaia di articoli di leggi civili e commerciali. La prassi per prima ha creato una serie di istituti uniformi come ad esempio la vendita assoluta (Jué mǎi 绝买), la vendita flessibile (Huó mǎi 活买), l'affitto della terra (Zū diàn 租佃), l'ipoteca (Diǎndàng 典当), e circoli di scambio (Zhuǎn zhuǎn huì 转转会) per aiuto e assistenza reciproca tra i privati, diffusi su tutto il territorio. Se si guarda al modello del contratto antico e lo compariamo alle prassi locali, ad esempio il modello contrattuale di Huizhou con il contratto tra persone del gruppo etnico Qiang della contea di Li situata nella remota area montuosa del Sichuan occidentale, si scopre che forma e contenuti fondamentali, così come il livello della narrativa, non hanno differenze. Il secondo riporta delle caratteristiche territoriali solamente per quanto riguarda le varianti dei caratteri, la scrittura, la pronuncia e la grammatica. Il diritto civile antico cinese è «il diritto senza legge»⁽⁷⁹⁾. Per il «diritto senza legge», la realtà agisce prima della legge. Tale diritto è rispettato come norma superiore, si trova ovunque, in ogni tempo, ed è noto a tutti. Costituisce la legge civile che più si adatta alla Cina antica, è la cristallizzazione della saggezza della cultura giuridica del popolo cinese. Utilizzando il linguaggio giuridico attuale, il cosiddetto

(79) In cinese 无法之法 (Wúfǎ zhī fǎ). Cfr. YU RONGGEN, *Oltre la controversia tra Confucianesimo e Legismo. I valori del moderno stato di diritto nella tradizione rituale-legale*, in «Research on Rule of Law» (Chāoyuè rú fǎ zhī zhēng – lǐfǎ chuántǒng zhōng de xiàndài fǎzhì jiàzhí, «Fǎzhì Yánjiū»), 2018, 5, pp. 3-13.

diritto civile antico cinese del « diritto senza legge » consiste principalmente di riti e costumi (Lǐsú 礼俗⁽⁸⁰⁾), di pratiche, leggi domestiche e regole etniche, consuetudini locali e regole convenzionali impregnate di riti e costumi⁽⁸¹⁾. Questi riti, costumi e consuetudini, negli ambiti dell'eredità, del matrimonio, dell'assistenza agli anziani, dei funerali, e della divisione della proprietà, giocano ancora oggi un ruolo importante nel regolare le condotte e i meccanismi di risoluzione delle controversie a livello delle comunità locali, specialmente nel vasto livello delle aree rurali⁽⁸²⁾. Le « Previsioni generali del diritto civile », incorporando nel diritto civile le consuetudini popolari della vita ordinaria delle persone, stabiliscono il ruolo di fonte del diritto ai principi della tradizione.

Le « Previsioni generali del diritto civile » stabiliscono lo status giuridico del feto. L'art. 16 stabilisce: « Nei casi in cui l'eredità, l'accettazione della donazione riguardano il feto, e in tutti gli altri casi di protezione dei suoi interessi, si deve considerare il feto titolare della capacità giuridica ». Secondo questo articolo, il feto può ereditare una proprietà, accettare il lascito, accettare una donazione. L'inciso « tutti gli altri casi » nel testo dell'articolo non è meramente modale (nel testo cinese Děng 等) indicando i casi simili, ma si può

(80) LIANG ZHIPING, *Diritto consuetudinario della dinastia Qing* (Qīng dài xíguàn fǎ), Shanghai, Guanxi Normal University Press, 2015. J. BOURGON, *Rights, customs, and civil law under the late Qing and early Republic (1900-1936)*, in *Realms of Freedom in Modern China*, a cura di William C. Kirby, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2003, pp. 84-112; Id., *Coutumes, pratiques et normes en Chine: quelques remarques sur des termes couramment employés dans l'historiographie récente*, in « Études chinoises », XXII (2003), pp. 243-282; SHŪZŌ SHIGA, *Custom as a Source of Law in Traditional China*, in « La Coutume », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 53 (1992), pp. 414-425.

(81) SHŪZŌ SHIGA, *Principi del diritto di famiglia cinese* (Zhōngguó jiāzú fǎ yuánlǐ), trad. cinese dal giapponese a cura di Zhang Jianguo, Li Li, Pechino, Law Press China, 2003. LI GUILIAN, *Cos'è lo stato di diritto? Dallo stato di diritto aristocratico allo stato di diritto democratico* (Fǎzhì shì shénme: Cóng guìzú fǎzhì dào mǐnzhǔ fǎzhì), Guilin, Guangxi Normal University Press, 2013.

(82) Si vedano sul tema i lavori di SU LI, *Portare il diritto nei villaggi. Studio del sistema giudiziario locale cinese* (Sòng fǎ xià xiāng, Zhōngguó jīcéng sīfǎ zhìdù yánjiū), Pechino, Peking University Press, 2010. Dello stesso autore *Stato di diritto e le sue risorse locali* (Fǎzhì jí qí běntǔ zīyuán), Pechino, China University of Political Science and Law Press, 2004.

presumere che si riferisca a tutti gli altri casi in generale, implicando che il feto, qualora subisse un danno, potrebbe sempre godere del diritto di richiederne il risarcimento. Proteggere il diritto all'eredità del figlio postumo (Yífùzǐ 遗腹子) ancora nel grembo materno, ovvero del figlio nato dopo la morte del padre, compreso il diritto all'eredità e alla gestione delle proprietà familiari, il diritto di offrire sacrifici agli antenati⁽⁸³⁾, la protezione della continuità nella consanguineità della famiglia, sono considerati diritti conformi all'etica dei «principi del cielo», e sono dei «principi giusti ed inalterabili»⁽⁸⁴⁾ del diritto nella società della Cina antica basata sulla famiglia. Il diritto tradizionale parla di «successione»⁽⁸⁵⁾, che non si limita a mere regole di successione della proprietà. Il diritto riconosciuto oggi al feto, che possiamo chiamare «diritto di proprietà atteso»⁽⁸⁶⁾, è il rispetto per i diritti civili che la vita che sta per nascere deve godere, e quindi garantisce il patrimonio necessario per la sua continua sussistenza e sviluppo. Contemporaneamente è anche il rispetto verso la volontà del proprietario originario del patrimonio che dona la vita al nascituro, il rispetto per il diritto di proprietà del patrimonio. Indipendentemente da come il moderno diritto civile si esprima, la tradizione giuridica cinese non è estranea a queste necessità. Il rispetto del diritto all'eredità del «figlio postumo» è corredato da sempre da un raffinato insieme di riti e consuetudini procedurali.

Le «Previsioni generali del diritto civile» riconoscono alla «brava persona» (Hǎorén 好人), alla persona virtuosa, un premio, esonerandola dalla responsabilità legale, poiché proteggono i diritti e gli interessi di coloro che agiscono coraggiosamente per una giu-

(83) In cinese 祖宗祭祀权 (Zǔzōng jìsì quán).

(84) In cinese 天经地义 (Tiānjīng dìyì).

(85) In cinese 承嗣 (Chéng sì). Si tratta di un sistema più complesso che prevedeva anche il passaggio nel ruolo di capofamiglia. Si veda ZHENG XIAOYOU, *Analisi del sistema della doppia eredità di epoca Qing*, in «Studies in Qing History» (Qīng dài 'dúzi jiān tiāo' yánjiū «Qīngshǐ Yánjiū»), 2014, 2, pp. 55-64; DING SHAN, *Indagine sulle condizioni pratiche dell'eredità tra diversi cognomi del periodo di fine dinastia Qing e inizio della Repubblica cinese*, in «Social Sciences Review» (Qīngmò mín chū shíqí yìxìng chéng sī shìjī zhuàngkuàng zhī kǎochá «Shèkè zònghéng»), XXV (2010), 3, pp. 151-154.

(86) In cinese 可期待财产权 (Kě qídài cáichǎnquán).

sta causa, e che contribuiscono così allo sviluppo della buona coscienza sociale. Spesso molte leggi, regolamenti, documenti normativi, non proteggono sufficientemente il comportamento virtuoso della «brava persona», e permettono invece che il comportamento contrario all'etica delle relazioni umane possa fare abuso di leggi e politiche. Ad esempio, nella politica di demolizione delle abitazioni e ricollocamento degli abitanti⁽⁸⁷⁾ si regola quanta area deve essere restituita a ciascuna famiglia. Contemporaneamente, nella politica di restrizione dell'acquisto delle abitazioni⁽⁸⁸⁾, si stabilisce che una famiglia può acquistare una sola abitazione. Alcune persone, per aggirare le due politiche ed acquistare più abitazioni, hanno improvvisato divorzi o falsi divorzi. Alcune persone chiamano questo fenomeno «in base alla legge senza morale» (Yīfǎ quēdé 依法缺德). Il fenomeno detto «Peng cí» ovvero «toccare la porcellana»⁽⁸⁹⁾ è molto frequente nelle condotte sociali. Spesso una persona anziana, caduta a terra e bisognosa di aiuto, non viene soccorsa per timore di raggiri; un bambino cade in acqua e non viene aiutato; il portafoglio ritrovato non viene consegnato per paura di essere accusati di furto. Tutto ciò ha creato un grande problema sociale. Le «Previsioni generali del diritto civile» affrontano questi problemi sociali, prevedendo la norma della «brava persona» (Hǎorén 好人). L'articolo 184 stabilisce: «Indipendentemente che il pericolo provenga da un danneggiamento esterno, oppure provenga da un malore della vittima, purché il soccorritore presti aiuto volonta-

(87) In cinese 房屋拆迁政策 (Fángwū chāiqiān zhèngcè).

(88) In cinese 房屋限购政策 (Fángwū xiàngòu zhèngcè).

(89) Con il termine 'Pengci' (Pèng cí 碰瓷) letteralmente 'toccare la porcellana' si indica un fenomeno di estorsione e di opportunismo, di perdita dei valori morali ed etici. Il termine risale alle fine della dinastia Qing ed è usato per indicare la condotta dei Discendenti delle Otto Bandiere (Bāqí zǐdì 八旗子弟), le divisioni amministrative delle famiglie manciù. Questi erano soliti camminare per strada con un vaso di porcellana in mano, trovata la vittima, di solito una persona molto benestante, si appoggiavano al suo carro e lasciavano cadere il vaso. Rotto il vaso, perseguitavano la vittima con estorsioni e minacce di ogni tipo. Oggi il termine è utilizzato per indicare truffe, condotte illegali ed immorali. Si veda LIANG XIUDE, *Esame etico del fenomeno del 'Pengci'*, in «Journal of Anqing Normal University (Social Science Edition)» ('Pèng cí' xiànxàng de lúnlǐ shěnsì «Ānqīng shīfàn dàxué xuébào (shèhuì kēxué bǎn)», XXXVII (2018), 2, pp. 73-77.

riamente e gratuitamente, anche se crea o aggrava un danno, non può essere considerato responsabile». Questa norma ha risolto alla fonte il problema legato al fenomeno detto «Peng ci».

La legge cinese antica ha una regola fondamentale: «Quando si esce dai riti, si entra nelle punizioni, colui che si allontana dai riti ottiene punizioni»⁽⁹⁰⁾. Il significato è il seguente: ogni comportamento che violi i riti e la morale umana deve ottenere la punizione della legge. Al contrario, il comportamento rispettoso dei riti e della morale, e quello che contribuisce alla corretta morale sociale, può ricevere la protezione e l'encomio della legge. La morale e la legge provengono da opposte direzioni⁽⁹¹⁾. Le «Previsioni generali del diritto civile», attraverso moderni principi di legge e moderne tecniche legislative, promuovono questa tradizione della cultura giuridica, premiando con l'esonero da ogni responsabilità la persona che agisce virtuosamente.

Gli aspetti encomiabili delle «Previsioni generali del diritto civile» che ereditano e sviluppano la cultura giuridica tradizionale cinese sono ancora molti. Guardiamo ad un altro esempio. Le «Previsioni generali del diritto civile» disciplinano i soggetti impegnati in attività civili, le quali devono essere di beneficio alla protezione dell'ambiente ecologico (art. 9). Questo «principio verde» (Lùsè yuánzé 绿色原则) è fondamentale per gestire bene il rapporto uomo-natura nello sviluppo futuro, e promuovere uno sviluppo sostenibile⁽⁹²⁾.

La cultura tradizionale cinese conosce i principi dell'«unione tra il cielo ed il genere umano»⁽⁹³⁾, «ogni persona è mio fratello,

⁽⁹⁰⁾ In cinese 出于礼, 入于刑, 礼之所去, 刑之所取 (Chū yú lǐ, rù yú xíng, lǐ zhī suǒ qù, xíng zhī suǒ qǔ). WANG CHONG, *Sul pesare, Libro XXXVI Ammettere le mancanze* (Lùn héng, xiè duǎnpiān 论衡, 谢短篇), paragrafo 16. Il carattere 'héng 衡', titolo dell'opera, indica 'pesare' ma anche 'giudicare'.

⁽⁹¹⁾ YU RONGGEN, *Discussione generale sul pensiero giuridico confuciano* (Rújiā fǎ sīxiǎng tōnglùn), edizione rivisitata, Pechino, The Commercial Press, 2018, pp. 160-180.

⁽⁹²⁾ CHEN HAIFENG, *Sull'integrazione del diritto civile e del diritto ambientale, il principio verde come mezzo*, in «Legal System and Society» (Lùn mínfǎ yǔ huánjìng fǎ de róng hé – yǐ lùsè yuánzé wèi méijìè «Fǎzhì yǔ Shèhuì»), 2019, 14, pp. 7-8. LV ZHONGMEI, *La necessità di 'verde' e sua realizzazione funzionale del codice civile cinese*, in «Science of Law» (Zhōngguó mínfǎ diǎn de 'lùsè' xūqíú jí gōngnéng shíxiàn «Fǎlù kēxué»), 2018, 6, pp. 105-115.

⁽⁹³⁾ In cinese 天人合一 (Tiān rén hé yī). Principio di estrazione taoista enun-

ogni creatura anche»⁽⁹⁴⁾. In base a tali principi si ritiene che tutto il creato sotto il cielo, le relazioni uomo-uomo, uomo-natura debbano coesistere armoniosamente. Il «Libro dei Riti, Libro VI Sugli Atti del governo nei diversi mesi» (Lǐ jì, yuè lìng 礼记, 月令) è considerato il capolavoro dell'etica ecologica. Nel sistema cinese antico delle «istituzioni legali-rituali», esso è il «Grande canone» (Dà jīng 大经), la «Grande legge» (Dàfǎ 大法), la legge fondamentale per la formulazione di norme e decreti da parte del governo. Il libro VI «Sugli Atti del governo nei diversi mesi» prescrive minuziosamente una lista dettagliata delle attività del lavoro agricolo, degli affari di governo e della vita produttiva delle persone per tutte e quattro le stagioni dell'anno. Il settimo paragrafo recita: «Nel primo mese di primavera [...] si fa divieto di tagliare alberi, di rovesciare nidi, di uccidere insetti immaturi, creature in embrione o giovani, uccelli che iniziano a volare, nessun cerbiatto e nessun uovo va distrutto, non è permesso l'assembramento di persone né il posizionamento di cinta murarie, gli scheletri devono essere coperti e le ossa con carne avariata sepolte»⁽⁹⁵⁾. La primavera è la stagione della semina, della coltivazione e della crescita, quindi si proibisce il taglio degli alberi, la distruzione dei nidi di uccelli, la caccia e l'uccisione di cuccioli, di feti di animali, di uccelli che iniziano a volare, non si permette di cacciare e di uccidere giovani cerbiatti, catturare uova di uccelli. Si vieta alle persone di raggrupparsi in moltitudine, e si blocca la costruzione di cinta murarie, in modo da concentrare la forza lavoro e le risorse materiali nell'aratura della terra, e nella semina. Bisogna altresì

ciato da Zhuangzi, 369-286 circa a.C., e successivamente sviluppato dall'intellettuale confuciano Dong Zhongshu, 179-104 circa a.C. Zhuangzi afferma: «Dato l'uomo si avrà la natura, data la natura si avrà la natura e nient'altro» (Yǒurén, tiān yě; yǒu tiān, yì tiān yě 有人, 天也; 有天, 亦天也), ZHUANGZI, *Altri capitoli, L'albero sulla montagna* (Zhuāngzǐ, wài piān, shānmù 庄子, 外篇, 山木), paragrafo 7.

⁽⁹⁴⁾ In cinese 民吾同胞, 物吾与也 (Mín wú tóngbāo, wù wú yǔ yě). Principio di epoca Song espresso da ZHANGZAI, *Iscrizioni occidentali* (xī míng 西铭), paragrafo 2.

⁽⁹⁵⁾ In cinese «禁止伐木 毋覆巢, 毋杀孩虫、胎、夭、飞鸟 毋麇, 毋卵 毋聚大众, 毋置城郭 掩骼埋胔» (Jìnzhǐ fá mù. Wú fù cháo, wú shā hái chóng, tāi, yāo, fēiniǎo. Wú ní, wú luǎn. Wú jù dàzhòng, wú zhì chéngguō. Yǎn gé mái zì). *Libro dei Riti, Libro VI Sugli Atti del governo nei diversi mesi* (Lǐ jì, yuè lìng 礼记, 月令), paragrafo 7.

seppellire gli scheletri e la carne putrefatta per prevenire l'inquinamento dell'ambiente e l'insorgere di epidemie. Il «principio verde» delle «Previsioni generali del diritto civile» positivamente assorbe e promuove la saggezza tradizionale di questo principio sulla «convivenza armoniosa» del creato.

Le «Previsioni generali del diritto civile», mentre studiano ed assorbono le esperienze legislative della codificazione del diritto civile orientale ed occidentale, danno importanza alla conservazione e al perfezionamento degli elementi tradizionali della cultura del diritto civile del popolo cinese, ottenendo un risultato pionieristico per il codice civile. Molto lavoro c'è ancora da fare per capire come ereditare la cultura giuridica tradizionale. Il diritto civile antico non è un diritto scritto. Il codice penale scritto e il diritto civile non scritto costituiscono il «sistema legale-rituale» della «famiglia giuridica del diritto cinese»⁽⁹⁶⁾. Sebbene questo «sistema legale-rituale» si sia disintegrato durante gli ultimi anni della dinastia Qing, tuttavia quei riti, costumi e consuetudini civili non scritti non sono assolutamente scomparsi dalla sfera della vita dei privati. Nel processo legislativo civile di fine epoca Qing e della Repubblica Cinese fu fatta un'indagine sui riti, costumi e consuetudini civili esistenti all'epoca. Oggi, a distanza di un secolo, bisogna capire quali riti, costumi e consuetudini sopravvivano ancora e in che misura. Senza tale ricerca sulla prassi ancora vivente si corre il rischio di generare confusione e conflitti tra disposizioni di legge e prassi, ed è altrettanto difficile comprendere fino in fondo il significato delle norme che fanno ri-

(96) In cinese 中华法系 (Zhōnghuá fǎ xì). Il termine fa riferimento alle famiglie giuridiche della comparazione. In questo contesto la famiglia giuridica cinese inizia con il sistema giuridico feudale antico e arriva al 'movimento di cambiamento della legge e di revisione degli statuti' (Qīngmò xiū lǜ 清末修律), e trova nel Codice con commentario della dinastia Tang (Táng lǜ shū yì 唐律疏议) il suo prodotto più rappresentativo. La cultura giuridica Tang ha influenzato tutta l'Asia e studiosi parlano di diritto cinese come diritto comune dell'Asia. Si veda ZHANG JINFAN, *Ricostruire la nuova famiglia giuridica del diritto cinese*, in «China Law Review» (Zhōng gòu xīn de zhōnghuá fǎ xì «Zhōngguó Fǎlǜ Pínglùn»), 2019, 7, pp. 7-12. Sulla famiglia giuridica cinese, il rapporto tra passato e presente, ed il contesto generale delle famiglie giuridiche si veda MA XIAOHONG, *Il significato proprio della 'famiglia giuridica del diritto cinese'*, in «China Law Review» ('Zhōnghuá fǎ xì' zhōng de yīng yǒu zhī yì «Zhōngguó Fǎlǜ Pínglùn»), 2014, 3, pp. 120-130.

corso alle consuetudini. Il nuovo codice civile deve poter esprimere le caratteristiche della vita quotidiana del popolo cinese⁽⁹⁷⁾.

4. *Modernizzazione del confucianesimo o confucianizzazione della modernità.*

Ad inizio del 2011, è stato condotto un sondaggio dell'opinione pubblica sulla venerazione di Confucio oggi. Su 12280 questionari risposti validamente, il 65% ritiene che Confucio sia venerato e che debba essere venerato molto di più di qualsiasi altro personaggio storico della Cina. Nelle statistiche dei livelli di interesse della rete, il punteggio medio di Confucio nei grandi siti internet è di 9.5 su 10, 0.5 punti in più rispetto al secondo classificato⁽⁹⁸⁾. Tale ricerca statistica ha vari difetti, i suoi numeri su una popolazione cinese così vasta sono estremamente limitati. Tuttavia nella storia dello studio del confucianesimo non è mai stato condotto un sondaggio di questo tipo prima, e la ricerca ha ricevuto una buona attenzione da parte del mondo accademico. Tale indagine dimostra che dopo cento anni dal Movimento del 4 maggio del 1919 che dichiarava di «rovesciare i negozi confuciani» e dopo mezzo secolo dal 1966 che inizia con i dieci anni del caos della Rivoluzione culturale che promuovono di «abbattere i quattro vecchiumi», e che sostengono di «criticare Confucio e il Confucianesimo»⁽⁹⁹⁾, Confucio è ancora il più grande pensatore che il popolo ritiene di venerare. Confucio ed il pensiero confuciano sopravvivono ancora nei cinesi di oggi.

Nel dibattito giuridico attuale, il pensiero confuciano è considerato come una risorsa per la ricostruzione e promozione della

⁽⁹⁷⁾ CHEN JINGLIANG, *Esprimere il 'carattere del popolo' è una priorità della compilazione del codice civile cinese*, trad. it. a cura di Ivan Cardillo, in «Istituto di Diritto Cinese», 1 dicembre 2019, disponibile all'indirizzo <https://dirittocinese.com/2019/12/01/esprimere-il-carattere-del-popolo-e-una-priorita-della-compilazione-del-codice-civile-cinese>.

⁽⁹⁸⁾ Si veda YU RONGGEN, *La tradizione legale-rituale e la famiglia giuridica cinese* (Lifā chuántóng yǔ zhōnghuá fǎ xī), Pechino, Casa editrice della democrazia e del sistema giuridico cinese, 2016¹, pp. 140-154.

⁽⁹⁹⁾ In cinese rispettivamente 打倒孔家店 (Dǎdǎo kǒng jiā diàn), 破四旧 (Pò sì jiù), 批孔批儒 (Pī kǒng pī rú).

morale sociale, per il progresso della «moralizzazione»⁽¹⁰⁰⁾. Molti giuristi parlano di «governo del paese attraverso la virtù» (Yǐ dé zhìguó 以德治国), e spesso cercano nel pensiero confuciano elementi utili della tradizione. Il prof. Yang Jingfan (novembre 1916 – agosto 2001), grande esperto del pensiero giuridico confuciano, ha sempre sostenuto una diversità di fondo tra il principio di Confucio del «governare per mezzo della virtù»⁽¹⁰¹⁾ e quello del «governo del paese attraverso la legge» (Yǐ fǎzhì guó 以法治国)⁽¹⁰²⁾. Negli anni '90 molti studiosi hanno visto nel «governo del paese attraverso la virtù» la possibilità di curare i mali che affliggevano la morale e l'etica pubblica. Immediatamente «governare il paese in base alla legge»⁽¹⁰³⁾ fu iscritto nella costituzione nel 1999 all'art. 5 primo comma, e immediatamente si invocò anche il «governo del paese attraverso la virtù»⁽¹⁰⁴⁾. Non pochi studiosi tra i giuristi temettero che esso avrebbe potuto indebolire ed attaccare il principio costituzionale del «governo del paese in base alla legge»⁽¹⁰⁵⁾. L'attuale piano generale di costruzione di uno «stato di diritto» contiene al suo interno contenuti etici, elementi indi-

⁽¹⁰⁰⁾ WANG ZHONGYAO, *Il valore referenziale del pensiero del governo della virtù del confucianesimo tradizionale per il moderno governo del paese attraverso la virtù – la prospettiva del governo in base alla legge*, in «Journal of Modern Rule of Law» (Chuántǒng rújiā dé zhì sīxiǎng duì dāngdài yǐ dé zhìguó de jièjiàn jiàzhí – yǐ yīfǎ zhìguó wèi shǐjiǎo «Xiàndài Fǎzhì Yánjiū»), 2019, 2, pp. 79-89.

⁽¹⁰¹⁾ In cinese 为政以德 (Wéi zhèng yǐ dé).

⁽¹⁰²⁾ L'opera di riferimento YANG JINGFAN, YU RONGGEN, *Il pensiero giuridico di Confucio* (Kǒngzǐ de fǎlù sīxiǎng), Pechino, Qunzhong Chubanshe, 1984.

⁽¹⁰³⁾ In cinese 依法治国 (Yīfǎ zhìguó). Il principio appare formalmente per la prima volta nel 1997 in occasione del XV Congresso Nazionale del Partito Comunista. Prima di allora fu menzionato da Jiang Zemin in una conferenza stampa del 1989.

⁽¹⁰⁴⁾ La riforma politica in questa direzione fu intrapresa dal segretario generale del partito Jiang Zemin e presentata nel 2001 in occasione dell'assemblea nazionale dei direttori degli uffici di propaganda. Il testo del discorso di Jiang Zemin è ora disponibile in HAO TIECHUAN, *Governo del paese in base alla legge e governo del paese attraverso la virtù* (Yīfǎ zhìguó yǔ yǐ dé zhìguó), Shanghai, Shanghai People's Press, 2001.

⁽¹⁰⁵⁾ HUANG LING, LU TING, *Esperienza fondamentale, logica interna e storia della strategia di governo dell'integrazione tra stato di diritto e governo della morale del Partito comunista* (Zhōngguó gòngchǎndǎng fǎzhì yǐ dé zhì xiǎng jiéhé zhìguó fānglè de lǐshǐ guījī, nèizài luóji yǔ jīběn jīngyàn), in «Shanghai Dangshi Yu Dangjian», 2019, 12, pp. 15-19.

spensabili. Le buone leggi, il buon governo, le buone sentenze devono andare nella medesima direzione dell'etica e della virtù, basandosi sull'etica e sulla virtù universali della società, devono contribuire alla promozione del livello dell'etica e della virtù della società⁽¹⁰⁶⁾. Migliore sono l'etica e la virtù sociale di un popolo di un paese, più chiaro sarà il suo stato di diritto e migliori saranno i suoi effetti. Si è dunque proposto l'unione tra il «governare il paese in base alla legge» ed il «governare il paese attraverso la virtù»⁽¹⁰⁷⁾. L'accostamento di questi due principi in un'unica formulazione risulta in una frase che ci impone una riflessione sul corretto utilizzo dei caratteri e dei relativi concetti. Nella frase compare due volte il carattere «governare» (zhì 治) ma il loro significato non è identico, poiché si tratta di un carattere polisemantico. Il carattere «governare» di «governare il paese» (zhìguó 治国) e di «governare» (Tǒngzhì 统治) indica il governo rigido basato sulla forza del sistema dello stato. Il carattere «governare» che compare nello «stato di diritto» (Fǎzhì 法治, e anche nel «governo della legge») ha questo significato. Il carattere «governare» del «governare il cuore e la mente» (Zhì xīn 治心) e del «governare il corpo» (Zhì shēn 治身) indica la coltivazione personale, la promozione dei sentimenti morali. Il carattere «governare» del «governo della virtù» (dé zhì 德治) ha questo secondo significato. Inoltre, compaiono nella tradizione anche il «governo della medicina», «governo dello studio», «governo dei timbri», «governo del legno»⁽¹⁰⁸⁾. Il «governo della virtù» in realtà vuol dire

⁽¹⁰⁶⁾ Si veda l'articolo del dipartimento per i commenti del Quotidiano del popolo, *Perseverare nel comprensivo governo del paese in base alla legge – rendere il nostro sistema istituzionale più maturo e coerente* (Jiānchí quánmiàn yīfǎ zhìguó – ràng wǒmen de zhìdù gèngjiā chéngshú gèngjiā dìngxíng) edizione del 12 novembre 2019 p. 9 disponibile all'indirizzo http://paper.people.com.cn/rmrb/html/2019-11/12/nw.D110000renmrb_20191112_1-09.htm.

⁽¹⁰⁷⁾ WU ZENGLI, WANG MENGQI, *Riesame realistico e logica teorica dell'ingresso nel diritto dei valori centrali del socialismo*, in «Study and Practice» (Shèhuì zhūyì héxīn jiàzhíguān rù fǎ de lǐlùn luójí yǔ xiànsí xǐng sī «Xuéxí Yǔ Shíjiàn»), 2019, 10, pp. 14-21. Sul punto si veda anche l'acuta riflessione di LIANG ZHIPING, *Sullo stato di diritto e il governo della virtù*, in «Chinese Culture» (Lùn fǎzhì yǔ dé zhì «Zhōngguó wénhuà»), 2015, 23, pp. 23-42.

⁽¹⁰⁸⁾ In cinese rispettivamente 治医 (Zhì yī), 治学 (Zhìxué), 治印 (Zhìyìn), 治木 (Zhì mù).

« governare la virtù » (Zhì dé 治德). La virtù può solo educare, guidare, non può costringere. La virtù può solo governare il corpo, governa sé stessa, non può governare terze persone, governare burocrati o governare un paese. La legge ha carattere eteronomo, la virtù al contrario ha un carattere autonomo. Lo stato di diritto è eteronomo, il governo della virtù è autonomo. È importante comprendere e ricordare questa diversità espressa dal medesimo carattere dotato di due diversi significati, altrimenti il rischio è quello di snaturare tutto il valore della tradizione, e di generare storture.

Accanto a questo atteggiamento, una tendenza di stampo prettamente utilitarista tende a valutare la storia, la tradizione, la cultura, in termini di pura opportunità. Si predilige dare importanza alla funzione e all'efficacia seguendo un criterio prettamente pragmatico. All'inizio degli anni '80 dello scorso secolo, e all'inizio della Politica di riforma e apertura, alcuni ritenevano che il pensiero confuciano fosse un ostacolo alla politica di riforma e apertura, e si proponeva di continuare a criticare Confucio e il confucianesimo. Contemporaneamente altri studiosi ricorrevano all'esempio del rapido sviluppo economico dei « quattro piccoli draghi dell'Asia dell'est »⁽¹⁰⁹⁾, ribadendo come queste regioni e paesi siano interni all'influenza della cultura confuciana, a dimostrazione del fatto che il pensiero confuciano non è di ostacolo alla modernizzazione bensì può diventare un sostegno. I primi ribattevano dicendo che « i quattro piccoli draghi » non ricevevano in profondità il « veleno » del confucianesimo, e che non potevano costituire un modello⁽¹¹⁰⁾. La Cina continentale è il luogo d'origine, la culla del pensiero confuciano. La Cina ha attraversato quarant'anni di sviluppo economico e di modernizzazione. Il prodotto interno lordo generale è secondo a livello mondiale⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Le nuove economie industriali: Taipei, Seul, Singapore, Hong Kong.

⁽¹¹⁰⁾ ZHENG KEZHONG, *Sull'influenza della cultura tradizionale confuciana sullo sviluppo economico cinese*, in « Dongyue Tribune » (Lùn rújiā chuántǒng wénhuà duì wǒguó jīngjì fāzhǎn de yǐngxiǎng « Dōng yuè lùn cóng »), 1987, 4, pp. 20-26; WU CANXIN, *L'influenza dell'etica confuciana sul moderno sviluppo economico cinese*, in « Modern Philosophy » (Rújiā lúnlǐ duì xiàndài zhōngguó jīngjì fāzhǎn de yǐngxiǎng « Xiàndài Zhéxué »), 1998, 4, pp. 51-57.

⁽¹¹¹⁾ https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true.

Di fatto il pensiero confuciano ha avuto un ruolo guida attivo nella modernizzazione del paese, favorendola e non ostacolandola.

Durante gli anni '80 dello scorso secolo, numerosi contadini sono diventati lavoratori nelle città, formando una grandiosa armata di «lavoratori migranti»⁽¹¹²⁾. Il fenomeno ha un significato profondo legato alla tradizione. Quando i contadini cinesi vanno nelle città a lavorare, lo fanno per aumentare la fortuna della famiglia. Non sono dei rifugiati, le loro radici sono e rimangono nei villaggi. Fare dei profitti e tornare a casa, costruire una casa e prendere moglie, sostenere gli anziani, dare un'educazione ai figli, è lo scopo che loro perseguono. Sono passate varie decadi dall'inizio di questo fenomeno, e la migrazione dei contadini ha dato un grande contributo alla modernizzazione della Cina⁽¹¹³⁾. La Cina ha città modernizzate, fabbriche modernizzate, mezzi di trasporto modernizzati, infrastrutture modernizzate grazie ai contadini. Ogni anno, prima e dopo la festa di primavera, l'esercito dei contadini migranti si mobilita sul territorio cinese. Ogni lavoratore migrante torna nel rispettivo villaggio di origine e poi riparte per il nuovo anno lavorativo. Questo grande fluire della popolazione avviene in maniera ordinata. Questo è il «pellegrinaggio» in stile cinese: tornare a casa per festeggiare il nuovo anno ed osservare la tradizione del culto degli anziani e della famiglia. I «pellegrini» non si sottraggono alla fatica di un cammino di varie migliaia di chilometri, nel desiderio di tornare a casa, e riunirsi a cena con gli anziani, la

⁽¹¹²⁾ In cinese 农民工 (Nóngmín gōng). Il fenomeno dei contadini trasformati in lavoratori migranti ha mutato completamente la società cinese, alterando tutto l'ordine sociale delle comunità rurali e del sistema di proprietà collettiva della terra. Il governo cinese ha creato un'agenzia esclusivamente per la gestione di questo fenomeno: <http://www.chinajob.gov.cn/zbzl/qtzb/nmgjy/>. Nel 2019, il numero totale di lavoratori migranti ha raggiunto 290 milioni. Si veda ZHENGXU, *Permettere alle buone politiche di scaldare il cuore dei lavoratori migranti* (Ràng hǎo zhèngcè wēnnuǎn nóngmín gōng de xīn) *Quotidiano del popolo*, Inserto Mìnsheng Zhōukan, 2020, 4, disponibile all'indirizzo http://paper.people.com.cn/mszk/html/2020-02/24/content_1974499.htm.

⁽¹¹³⁾ Si veda SUN ZHONGWEI, LIU LINPING, *Quarant'anni di studi e problemi dei lavoratori migranti cinesi: dall'abbondanza della forza lavoro ai nuovi immigrati cittadini*, in «Academic Monthly» (Zhōngguó nóngmín gōng wèntí yǔ yánjiū sishí nián: Cóng 'shèngyú láodònglǐ' dào 'chéngshì xīn yímín' «Xuěshù Yuèkān»), L (2018), 11, pp. 54-67.

moglie e i figli, con le proprie mani vestire di nuovi abiti gli anziani, dare dei doni ai figli, godere dell'affetto familiare, parlare dell'affetto per i luoghi nati, eliminare la nostalgia.

Il valore assistenziale del pensiero confuciano alla modernizzazione della Cina lo troviamo, a livello sociale, nel fenomeno dei lavoratori migranti, l'esempio più tipico e più convincente. Esattamente l'educazione plurimillennaria confuciana dell'idea della « famiglia come unità » con al centro la « benevolenza », del concetto di « pietà filiale », della consapevolezza della « comunità di villaggio », hanno potuto generare, nel processo di modernizzazione della Cina, questa meraviglia del « pellegrinaggio » della festa di primavera e del fenomeno dei « contadini migranti ».

Certamente, la modernizzazione non è solamente prodotto interno lordo, ed esso non è nemmeno una parte importante. Essa comprende la modernizzazione dell'insegnamento e della scienza, la modernizzazione del sistema giuridico e politico, la modernizzazione della civiltà sociale e della cultura, la modernizzazione dell'uomo. La Cina da oltre cento anni lavora per modernizzare tutti questi aspetti.

L'attuale tentativo di modernizzazione della cultura cinese consiste nella modernizzazione del confucianesimo o nella confucianizzazione dei tempi moderni? La modernizzazione del confucianesimo comprende la modernizzazione degli studi confuciani e la modernizzazione degli studiosi del confucianesimo. Storicamente, durante il periodo delle Primavere e Autunni (dal 722 a.C. al 481 a.C.), Confucio è stato il pioniere degli studi confuciani. All'inizio e nel mezzo del periodo degli Stati Combattenti (dal 453 a.C. al 221 a.C.) attraverso Mencio si è sviluppato abbondantemente lo studio di Mencio del confucianesimo; durante il tardo periodo degli Stati Combattenti Xunzi ha sviluppato gli studi di Xunzi del confucianesimo. Questi intellettuali sono tutti studiosi confuciani del periodo delle origini prima della dinastia Qin. Dopo il periodo delle dinastie Qin e Han si entra nella società imperiale, emerge Dong Zhongshu (179 ca.-104 ca. a.C.) come esponente dei nuovi studi confuciani. In epoca Song e Ming gli studi confuciani sono caratterizzati dalla Scuola del Principio e Scuola dello Spirito, e riemergono dopo un lungo periodo di assimilazione del Buddismo. Alla

fine dell'epoca Qing e per il periodo della Repubblica cinese, i nuovi studi confuciani, in risposta alla sfida della forte cultura occidentale, tentano di assorbire la scienza occidentale. Ad ogni fase degli studi confuciani emerge contemporaneamente un nuovo confucianesimo. I nuovi studi confuciani portano ad un nuovo confucianesimo, il nuovo confucianesimo rappresenta i nuovi studi confuciani. Le due epoche Han, le due epoche Song, l'epoca Ming, la Repubblica cinese, per le persone del tempo, sono tutte epoche moderne: il confucianesimo Han, quello Song, quello Ming, quello repubblicano insieme agli studi confuciani Han, Song, Ming e repubblicani che essi rappresentano, sono tutti nuovi studi confuciani moderni per quell'epoca, e conducono ad un nuovo confucianesimo moderno. Gli studi confuciani non hanno mai smesso di crescere, il confucianesimo non ha mai smesso di esplorare. Raggiungere apici e poi capovolgarsi, lasciare ricominciare un nuovo ciclo che si rinnova in progresso continuo e alternandosi nei tempi, è lo spirito degli studi confuciani, è lo spirito del confucianesimo.

Attualmente, la modernizzazione del confucianesimo ha come direzione generale quella di integrare l'occidente e la Cina, ritornare alle radici e rinnovarsi. Ritornare alle origini non significa la restaurazione del passato. Quando nello sviluppo della cultura si incontrano dei dilemmi, allora bisogna ritornare all'«epoca centrale», ricercare la causa prima e i valori iniziali, e ripartire di nuovo. «L'epoca centrale» della Cina, è il periodo delle Primavere e autunni e degli Stati combattenti in cui Confucio stabilisce gli studi confuciani e dà così inizio al clima della contesa delle cento scuole di pensiero. Bisogna «rinnovare», ovvero creare nuovi studi confuciani contemporanei.

La Cina moderna è lo sviluppo storico della Cina. La trasformazione culturale che sta accadendo in Cina è un prodotto anche della tendenza dei valori comuni della modernizzazione mondiale del genere umano, e costituisce anche la logica dello sviluppo della storia stessa della cultura cinese. In altre parole, questa trasformazione culturale è sia mondiale che cinese, ha un carattere globale contenuto nel carattere nazionale. Nel mondo diversi popoli, diversi paesi, hanno culture con caratteristiche diverse. Pertanto nella modernizzazione c'è un'unità plurale. In questo senso, la mo-

modernità cinese è sicuramente la modernità della sinizzazione, ma anche la sinizzazione della modernità. La sinizzazione della modernità comprende la confucianizzazione della modernità, poiché la cultura confuciana è un elemento costitutivo importante nella sinizzazione della modernità. La Cina moderna è lo sviluppo della Cina storica, la Cina moderna proviene dallo sviluppo storico della Cina confuciana. Con questa premessa si può affermare che l'attuale trasformazione della cultura cinese è una sorta di processo bidirezionale della modernizzazione del confucianesimo e della confucianizzazione della modernità⁽¹¹⁴⁾.

5. *Una possibile rinascita della tradizione ed il ruolo dell'occidente.*

A inizio 2017, l'Ufficio generale del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese e l'Ufficio generale del Consiglio di Stato della Repubblica Popolare Cinese hanno redatto l'«Opinione per la realizzazione del 'Progetto di eredità e sviluppo della splendida cultura tradizionale cinese'»⁽¹¹⁵⁾, affermando: «Sostenere una trasformazione creativa, uno sviluppo innovativo, mantenere la posizione della cultura cinese, ereditare e tramandare il gene della cultura cinese [...] costantemente rafforzare la vitalità e l'influenza della splendida cultura tradizionale cinese, creare il nuovo splendore della cultura cinese»⁽¹¹⁶⁾.

La rinascita della cultura cinese⁽¹¹⁷⁾ è un prodotto creativo dell'integrazione tra la cultura cinese e quella occidentale, che non si ottiene etichettando con la targhetta «cinese» la cultura occidentale e sostit-

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. CHEN LAI, *The Core Values of Chinese Civilization*, translated by Paul J. D'Ambrosio, Robert Carleo III, Chad Meyers, Joanna Guzowska, Springer, 2017, pp. 161-179.

⁽¹¹⁵⁾ In cinese 关于实施中华优秀传统文化传承发展工程的意见 (Guānyú shíshī zhōnghuá yōuxiù chuántǒng wénhuà chuánchéng fāzhǎn gōngchéng de yìjiàn).

⁽¹¹⁶⁾ Il testo del documento è disponibile all'indirizzo http://www.gov.cn/zhengce/2017-01/25/content_5163472.htm. Nel documento ufficiale il concetto di 'cultura cinese' è espresso con i caratteri 中华文化 (Zhōnghuá wénhuà) e non con i caratteri 中国文化 (Zhōngguó wénhuà). La scelta dipende dal diverso valore attribuito alle due terminologie. Si veda la nota 16.

⁽¹¹⁷⁾ Si intende 中华文化 (Zhōnghuá wénhuà).

tuendola alla cultura cinese⁽¹¹⁸⁾, e neanche ritornando o ricopiando l'antica cultura cinese⁽¹¹⁹⁾. I lavori di integrazione devono osservare due doveri: 1. Conoscere di nuovo la cultura tradizionale cinese, prendere singolarmente ogni incomprendimento, errore, cattivo giudizio e ristudiarlo eliminando semplificazioni e sovrapposizioni. Questo lavoro è estremamente arduo ed estenuante. Bisogna liberarsi dal passato pensiero del valore centrale della cultura occidentale, riesaminare attentamente la cultura cinese⁽¹²⁰⁾ originaria, afferrarne il connotato culturale ed il valore spirituale reale; 2. Continuare a studiare, importare e trapiantare lo stato di diritto dei paesi stranieri, le dottrine locali, le teorie, le istituzioni, la saggezza e l'esperienza. I valori universali della civiltà politica moderna del genere umano possono essere condivisi, meritano di essere condivisi e devono essere condivisi.

Tra le quattro grandi civiltà originarie dell'umanità, solo la civiltà cinese non si è estinta, e, in continuità con il suo passato, può avere una nuova e prospera primavera, continuando a contribuire al progresso del genere umano. I punti di forza della civiltà cinese sono molti: sulla cosmologia abbiamo «l'unione tra uomo e natura»⁽¹²¹⁾, «l'unità di tutto il creato»⁽¹²²⁾, «la convivenza armoniosa»⁽¹²³⁾; sulla vita sociale dell'uomo, «la famiglia come fondamento», «affezione alle relazioni di sangue», «il culto degli antenati», «l'ottimismo e l'intraprendenza»⁽¹²⁴⁾; circa l'economia e la fi-

⁽¹¹⁸⁾ Si intende 中华文化 (Zhōnghuá wénhuà).

⁽¹¹⁹⁾ Per 'antica cultura cinese' (中国古代文化 Gǔdài wénhuà) si intende la cultura cinese fino al 1840, anno di inizio della guerra dell'oppio.

⁽¹²⁰⁾ Si intende 中华文化 (Zhōnghuá wénhuà).

⁽¹²¹⁾ In cinese 天人合一 (Tiān rén hé yī). ZHUANGZI, *Altri capitoli, L'albero sulla montagna* (Zhuāngzi, wài piān, shānmù 庄子, 外篇, 山木), paragrafo 7. Vedi nota 82.

⁽¹²²⁾ In cinese 万物一体 (Wànwù yītǐ). La teoria è proposta da WANG YANG-MING nell'opera *Domande sul grande studio* (Dà xuéwèn 大学问); si veda la raccolta di epoca Ming di WANG SHOUEN, *Raccolta essenziale di Yangming* (Yáng míng xiāns-hēng jí yào 阳明先生集要), edizione attuale curata da Wang Xiaoxin, Zhao Pinglǐe, Pechino, Zhonghua book company, 2008, p. 146.

⁽¹²³⁾ In cinese 和谐共生 (Héxié gòngshēng). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro VI Yongye* (Lúnyǔ, Yōngyě 论语, 雍也) paragrafo 30: «Chi desidera per sé stabilità, rende stabili gli altri (Jǐ yù lì èr lì rén 己欲立而立人)».

⁽¹²⁴⁾ In cinese rispettivamente 家庭本位 (Jiā tíng běn wèi), 血缘情感 (Xiě yuán qíng gǎn), 祖宗崇拜 (Zǔ zōng chóng bài), 乐观进取 (Lè guān jìn qǔ). I principi legati alla

nanza, la « garanzia della proprietà al popolo »⁽¹²⁵⁾, « riduzione dei costi e del peso fiscale »⁽¹²⁶⁾, « togliere di meno e dare di più »⁽¹²⁷⁾, « la distribuzione della ricchezza unisce le persone »⁽¹²⁸⁾; circa la politica, « la nomina del Cielo non è costante »⁽¹²⁹⁾, « colui che possiede la virtù ottiene quanto è sotto il cielo » e « colui che ottiene il cuore del popolo ottiene la terra sotto il cielo »⁽¹³⁰⁾, dottrina del « popolo al centro »⁽¹³¹⁾, « governare a mezzo della virtù »⁽¹³²⁾, « assoggettare le persone con la virtù »⁽¹³³⁾ e non con la forza, « governo legale-rituale », « la moralità come base e la pena come supplemento »⁽¹³⁴⁾,

vita dell'uomo trovano tutti le loro radici nella cultura confuciana. Si veda il paragrafo 4 del presente contributo.

⁽¹²⁵⁾ In cinese 制民恒产 (Zhì mín héngchǎn). MENCIO, *Libro Primo Re Hui di Liang* (Liáng huì wáng shàng 梁惠王上), paragrafo 7.

⁽¹²⁶⁾ In cinese 轻徭薄赋 (Qīng yáo báo fù). LIU XIANG, *Giardino dei discorsi, Affari di governo* (Shuō yuàn Zhèng lǐ 说苑政理), paragrafo 11.

⁽¹²⁷⁾ In cinese 少取多予 (Shǎo qǔ duō yǔ). XUNZI, *Libro X, Sull'arricchimento dello stato* (Fùguó 富国), paragrafo 2.

⁽¹²⁸⁾ In cinese 财散则民聚 (Cái sǎn zé mín jù). *Il classico dei riti, Il grande studio* (Lǐ jì Dàxué 礼记大学), paragrafo 13.

⁽¹²⁹⁾ In cinese 天命靡常 (Tiānmìng mí cháng). *Libro delle Odi, Le odi maggiori del regno, Decade di Wenwang, Wenwang* (Shǐjīng, Dà yǎ, Wénwáng zhī shén, Wénwáng, 诗经, 大雅, 文王之什, 文王).

⁽¹³⁰⁾ In cinese rispettivamente 有德者得天下 (Yǒu dé zhě dé tiānxià), 得民心者得天下 (Dé mínxīn zhě dé tiānxià). Entrambi i principi si trovano in MENCIO, *Libro VII, Li Lou Parte Prima* (Lǐ lóu shàng 离娄上), paragrafo 9.

⁽¹³¹⁾ In cinese 民本主义 (Mín běn zhūyì). *Libro dei Documenti, Libro di Xia, Canzoni dei cinque figli* (Shàngshū, Xià shū, wǔ zǐ zhī gē 尚书, 夏书, 五子之歌), paragrafo 2 recita: « Il popolo è la radice del paese, quando le radici sono ferme il paese è tranquillo » (Mín wéi bāng běn, běn gù bāng níng 民惟邦本, 本固邦宁).

⁽¹³²⁾ In cinese 为政以德 (Wéi zhèng yǐ dé). CONFUCIO, *Dialoghi, Libro II Weizheng* (Lúnyǔ wéi zhèng 论语为政), paragrafo 1.

⁽¹³³⁾ In cinese 以德服人 (Yǐ dé fú rén). Le persone si assoggettano volentieri a colui che governa con la virtù, mentre sono soggette alla forza per mancanza di resistenza. MENCIO, *Libro III Gongsun Chou Parte Prima* (gōngsūn chōu shàng 公孙丑上), paragrafo 4.

⁽¹³⁴⁾ In cinese rispettivamente 礼法之治 (Lǐfǎ zhī zhì), 德主刑辅 (Dé zhǔ xíng fǔ). Il principio espresso nei classici recita: « La pena è supplemento della morale, come lo Yin assiste lo Yang » (Xíng zhě dé zhī fǔ, yīn zhě yáng zhī zhù yě 刑者德之辅, 阴者阳之助也). Si veda DONG ZHONGSHU, *Rugiada lussureggiante degli annali primaverili e autunnali, Libro XLVI Sul rapporto tra cielo e uomo* (Chūnqiū fán lù, Tiān biàn zài rén 春秋繁露, 天辨在人), paragrafo 1.

« essere abili nelle lettere e nelle arti marziali »⁽¹³⁵⁾. La civiltà cinese ha la sua « ortodossia confuciana », « ortodossia politica », « ortodossia intellettuale », « ortodossia culturale », il sistema giuridico cinese anche ha la propria « ortodossia giuridica », possiede una serie di efficaci « principi di governo », « principi politici »⁽¹³⁶⁾, ed è caratterizzato dalla ricerca della saggezza per le proprie « buone leggi e buon governo »⁽¹³⁷⁾.

Il cuore e l'enfasi del conflitto e dell'integrazione tra la cultura cinese e quella occidentale di questi ultimi cento anni non riguarda la cosmologia o la vita dell'uomo, ma la civiltà delle istituzioni politiche e giuridiche. A tale riguardo, bisogna studiare ed assorbire molto più di quanto si possa ereditare dalla tradizione cinese. Esempi di necessità di importazione vengono dal sistema del governo costituzionale, dalle istituzioni giuridiche, dal sistema dei partiti politici, dal sistema di bilanciamento dei poteri, dal sistema elettorale, dal sistema legislativo, dal sistema dell'indipendenza della magistratura, dal sistema del bilancio finanziario. Accanto a questi sistemi fondamentali, contemporaneamente si possono aggiungere quegli elementi dell'esperienza e della saggezza « delle buone leggi e del buon governo » presenti nella civiltà politica e giuridica cinese, formando insieme un modello nuovo e tipico per ridare splendore alla civiltà cinese.

⁽¹³⁵⁾ In cinese 文武兼备 (Wénwǔ jiānbèi). *Annali degli Han Anteriori, Regno dell'imperatore Xuan Libro II*, (Qián hàn jì, xiào xuān huángdì jì èr, 前汉纪, 孝宣皇帝纪二), paragrafo 5.

⁽¹³⁶⁾ In cinese rispettivamente 道统 (Dàotǒng), 政统 (Zhèng tǒng), 学统 (Xué tǒng), 文统 (Wén tǒng), 法统 (Fǎtǒng), 治道 (Zhìdào), 政道 (Zhèngdào).

⁽¹³⁷⁾ In cinese 良法善治 (Liángfǎ shànzhì). Il principio espresso nei classici recita: « Quando la legge sulla terra è buona, allora l'ordine regna sulla terra » (Lì shàn fǎ yú tiānxià, zé tiānxià zhì 立善法于天下, 则天下治) in WANG ANSHI, *Raccolta degli scritti di Wang Anshi, Il duca di Zhou* (Wáng'ānshí wénjí, zhōugōng 王安石文集, 周公), paragrafo 1.

La dimensione giuridica

HÉCTOR DOMÍNGUEZ BENITO

TERRITORIAL REPUBLICANISM
IN THE UNITED STATES OF COLOMBIA

José María Quijano Otero
and the American *uti possidetis*

1. Introduction. — 2. From the last straw to a second youth. Boundary disputes in New Granada and the role of territory in the republican project. — 3. Looking for certainty. Quijano Otero and the boundaries with Brazil and Costa Rica. — 3.1. An academic task. The Chair of *Historia patria* and Quijano Otero's memorandum on the boundary dispute with Brazil. — 3.2. A practical task. Costa Rica and the Castro-Quijano Convention (1880). — 4. Colonial legitimacy and territory in Quijano Otero's *Compendio de Historia Patria*. — 5. Conclusion.

1. *Introduction.*

It is commonly held that the fall of an Empire «does not declare heirs»⁽¹⁾. When dealing with territorial issues in particular, a rather obvious question usually emerges in this regard: To what extent is it convenient for the resultant states to draw their «new» maps by following the discretion of previous — and purportedly illegitimate — regimes? For obvious reasons, such a controversy has played a crucial role in academic discussions germane to decolonisation, dissolution and secession processes up to now⁽²⁾. However, accounts of the Latin American republics' cases

(1) F. MORELLI, *Antiguas Audiencias y nuevas Naciones*, in *El Gobierno de un Mundo: Virreinos y Audiencias en la América hispánica*, F. Barrios (ed.), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 1080. All translations are the author's.

(2) See generally C.R. ROSSI, *Sovereignty and Territorial Temptation: The Grotian Tendency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 80-128; A. REMIRO *et al.*, *Derecho internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 493

from a historiographical perspective have remained relatively rare⁽³⁾, especially if one takes into consideration the countless histories of the *Independencias* and the subsequent state-building processes that have underestimated or even overlooked this aspect.

When referring to an international legal issue, the *uti possidetis* principle, usually known as the *uti possidetis of 1810* in late nineteenth-century Latin America, consists of the presumption of the continuity of pre-existing administrative borders in newly established national boundaries, without any regard for the legitimacy of the former regimes. Since this does not necessarily imply the occupation of a territory in itself, but the evidence by means of legal documents proving such possession at the very moment of the independence or breakdown, the essential purpose of the principle, especially in the post-revolutionary Latin American context, was to «serve as the guarantor of the seamless, gap-free, nonviolent transition to sovereignty»⁽⁴⁾. In other words, it was considered crucial in order to avoid potential conflicts because of the existence of a reputed *terra nullius*. By contrast, the so-called *uti possidetis de facto* places emphasis on the effective occupation of the territory instead of the aforementioned support of legal titles.

ff.; S. LALONDE, *Determining Boundaries in a Conflicted World: The Role of Uti Possidetis*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2002; S.S. RATNER, *Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States*, in «The American Journal of International Law», 90 (1996), pp. 590-624; J. CASTELLINO, S. ALLEN, *Title to Territory in International Law. A Temporal Analysis*, Aldershot, Ashgate, 2003; G. NESI, *L'uti possidetis iuris nel Diritto internazionale*, Padua, Cedam, 1996.

⁽³⁾ Except for recent accounts such as M. LORENTE, 'Nación y naciones en Colombia'. *Del espacio de la Monarquía al territorio nacional*, in *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, J. Vallejo and S. Martín (eds.), Cizur Menor, Thompson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 377-399; ID., *Territorio y nacionalidad en Iberoamérica tras las Independencias. El principio constitucional uti possidetis iuris: razones y estrategias para contar su historia*, in «Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas», 55 (2018), pp. 60-83; ID., *Uti possidetis, ita domini eritis. International Law and the Historiography of the Territory*, in *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research Experiences and Itineraries*, M. Meccarelli and M.J. Solla (eds.), Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 131-172; P. CAVALERI, *La restauración del Virreinato. Orígenes del nacionalismo territorial argentino*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2004.

⁽⁴⁾ ROSSI, *Sovereignty*, cit., p. 106.

Using a straightforward question, F.X. Guerra expressed the puzzling situation faced by the newly established Latin American elites: «Independence was based on national sovereignty indeed, but what might be done when the modern nation does not yet exist?». For our concerns, his answer is illuminating: the elites fabricated «democratic fictions» of many sorts⁽⁵⁾. Obviously, Guerra was thinking about electoral issues, and this is not the right place to give an account of them. However, if we ask ourselves the same question thinking with regard to territory, the answer is rather similar. Elites made use of «territorial fictions». In fact, the assertion of the undeniable fictitious nature of both «*uti possidetis*» types is far from new. Concisely, whereas *uti possidetis iuris* relied on the «fiction» that the bulls issued by Pope Alexander VI were legitimate titles, *uti possidetis de facto* assumed that the territories in dispute were or had actually been occupied by any of the signatory powers.

The important aspect to note here is that these fictions eventually rendered a basic domestic principle of the new republics, as they were explicitly recognised by the constitutions⁽⁶⁾. But how did such an idea begin to permeate in post-war Latin American societies? By what means did the adherents of the continuity of the imperial administrative demarcations consolidate a legal instrument apparently at odds with the political spirit of the new republics? Were there opponents of the *uti possidetis iuris* doctrine? If so, how did these objectors formulate their criticism?

In 2011, Irina Podgorny published an article on the interconnection between the role of bibliophiles in charge of the «new» national or private archives and libraries and the evolution of the so-called boundary disputes (*cuestiones de límites*) in Argentina⁽⁷⁾. Podgorny showed how the transition from the archives «of the King» to archives «for historians» brought about the prominence

(5) F.-X. GUERRA, *Modernidad e Independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid, Encuentro, 2008 [1992], p. 75.

(6) LORENTE, *Territorio y nacionalidad*, cit.

(7) I. PODGORNÝ, *Fronteras de papel: archivos, colecciones y la cuestión de límites en las naciones americanas*, in «Historia crítica», 44 (2011), pp. 56-79.

of particular figures between the realms of archival work, history, and diplomacy who shaped the arguments about territorial matters at that time — not surprisingly, including numerous references to the *uti possidetis iuris* doctrine. Such a perspective offers a suitable framework for the purpose of this article, which explores the role of José María Quijano Otero. Between 1867 and 1873, Quijano Otero was director of the National Library and the National Museum of Colombia and the Chair of *Historia patria* at the National University, and a considerable part of his efforts were dedicated to consolidating the tenet in a period characterised by an array of boundary disputes.

Despite the fact that there is a valuable body of literature about the concept of territory and the importance given to cartography in the context of Gran Colombia and, more generally, the first half of the nineteenth century⁽⁸⁾, few accounts have been written about how the idea of territory operated during the second half of the century, much less in relation to the *uti possidetis iuris* doctrine. The aim of this article is to shed light on the amplification of the tenet, which might seem rather paradoxical at that point in the nineteenth century, by focusing on its connection to the process of state-building promoted by republican institutions, particularly throughout the public system of education.

Paulo Cavaleri's work on the «*restauración del Virreinato*» paved the way for further discussion on the idea of «territorial nationalism»⁽⁹⁾. He does not offer a particular definition of the concept, although his view might be implicitly deduced from his sharp portrayal of Vicente Gregorio Quesada and his followers. The Argentinian «territorial nationalism» approached by Cavaleri

⁽⁸⁾ See e.g. L. DUQUE, *Geografía y cartografía en la etapa fundacional del Estado colombiano: entre la utopía liberal y las herencias coloniales (1819-1830)*, in *Independencia: Historia diversa*, B. Tovar (ed.), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012, pp. 413-441; ID., *Rutas e itinerarios de geógrafos, cartógrafos y naturalistas en el territorio de la Nueva Granada*, in *Impactos territoriales en la transición de la Colonia a la República en la Nueva Granada*, Id. et al. (eds.), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2013, pp. 125-183, esp. 160-179.

⁽⁹⁾ CAVALERI, *La restauración*, cit.

surfaced from the longing for the past of the *Virreinato de la Plata* and led to a projection over the future of the nation based on the recovery of «its» territory. This version of nationalism was a reaction against a sense of loss and is extremely bonded to the Argentinian experience. Although also rooted in the *uti possidetis iuris*, the idea of «territorial nationalism» might not be easily «transplanted» to other Latin American republics in the same way⁽¹⁰⁾, or at least not to Colombia in the second half of the nineteenth century.

Regarding the matter at hand, the use of broad categories such as «nation» or «nation-building» may lead to analytical problems. Using the nation as a reference involves not sufficiently taking into account the institutional dimension of a process that is often closer to «state-building» than otherwise⁽¹¹⁾. In line with this emphasis in the institutional dimension, the use of the category «republicanism» between scholars dealing with matters such as the «scientific, geographic, and historiographic inventions» of Colombia is becoming increasingly established⁽¹²⁾. The idea of «territorial republicanism» epitomises exactly the project embodied by Quijano Otero during the period of the United States of Colombia. This could be understood as the promotion of certainty about Colombian territory and boundaries by both diplomatic and scientific means, generally with the direct support of public institutions.

Even though the idea of «patriotism» was very important for Quijano Otero, close examination of his work leads us to distin-

⁽¹⁰⁾ In a later account, Carlos Escudé identified territorial nationalism with the contrast between the perception of territorial loss and an opposing reality of territorial gains exclusive to Argentina and, to a lesser extent, Chile. See C. ESCUDÉ, *Apuntes sobre los orígenes del nacionalismo territorial argentino*, in *Serie Documentos de Trabajo*, Buenos Aires, Universidad del Cema, 2008.

⁽¹¹⁾ S.A. MEJÍA, *La república, más allá de la vieja patria y de la nación posible. Incitación a la discusión republicana*, in «Revista de Estudios Sociales», 38 (2011), pp. 88-107.

⁽¹²⁾ See L. DEL CASTILLO, *Crafting a Republic for the World. Scientific, Geographic, and Historiographic Inventions of Colombia*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2018.

guish between a rather atemporal idea of *patria* ⁽¹³⁾ and the idea of a republic understood as a postcolonial political entity still under construction ⁽¹⁴⁾. The «patria» was a cultural and porous concept inextricably connected to the colonial period, if not even earlier. The «republic» was the tangible project that had the task of bearing the weight of such a «patria» from an institutional perspective. Quijano Otero's work should definitely be understood as a part of this republican apparatus for which the idea of «patria» played a crucial role ⁽¹⁵⁾.

Once both the research questions and the general perspectives of the article in these introductory remarks are established, a panoramic view of the context of boundary disputes in which New Granada and Colombia were involved in the previous decades and some theoretical problems that the application of the *uti possidetis iuris* principle brought about are offered (2). Then, the work of Quijano Otero for the Colombian government regarding the disputes between Colombia and Brazil and Colombia and Costa Rica is analysed (3), as is his role as a historian and author of the *Compendio de Historia Patria*, a handbook conceived with the purpose of being used in Colombian primary schools to teach national history and which presented a rather eloquent account of the validity of the Spanish titles (4). A brief summary and the answers to the questions initially formulated are offered as a conclusion (5).

⁽¹³⁾ «The only preconception in our study was the love to the 'Patria', whether a colony or a sovereign nation». J. M. QUIJANO, *Discurso sobre la historia colombiana*, in «Anales de la Universidad Nacional de los Estados Unidos de Colombia», 30 (1871), p. 264.

⁽¹⁴⁾ «The change from a colony governed by more or less autocratic rulers to a Republic for all could not take place without a shake up strong enough to destroy all that existed earlier». *Ibid.*, p. 262. This particular statement contrasts with the ambivalent view of the colonial period displayed by Quijano Otero in many aspects. Nonetheless, this is a common example of the narratives about the «colonial legacies» emphasized in DEL CASTILLO, *Crafting a Republic*, cit.

⁽¹⁵⁾ For Colombia and the republican dimension of patriotism, see E. POSADA-CARBÓ, *La nación soñada. Violencia, liberalismo y democracia en Colombia*, Bogotá, Fundación Ideas para la Paz, 2006, p. 300.

2. *From the last straw to a second youth. Boundary disputes in New Granada and the role of territory in the republican project.*

According to some authors, the *Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada* (1811) was the first agreement in which the *uti possidetis iuris* principle was recognised in its Spanish-American form⁽¹⁶⁾. However, it might be questioned whether such a call for the reunion of the *provincias* was truly concerned about the maintenance of colonial demarcations⁽¹⁷⁾, taking into consideration that during the period popularly known as the *patria boba*, provincial constitutions referred to municipalities, geographical points of reference, or even the location of «barbarian nations» when setting out their territory⁽¹⁸⁾. Moreover, the *Acta de Federación* did not necessarily involve a declaration of independence, among other things, because its drafters thought that Cartagena still recognised the regency when they signed the document⁽¹⁹⁾.

The *Ley fundamental* agreed upon in Angostura (1819), the Constitution of Cúcuta (1821), the fleeting Constitution of 1830, the 1832 Constitution of Nueva Granada, and the subsequent texts of 1843, 1853, and 1858 stated the continuity of the former administrative boundaries. The Rionegro Constitution of 1863, which founded the United States of Colombia (1863-1886), recognised the *uti possidetis iuris* doctrine in its third article: «The limits of the territory of the United States of Colombia are the same as that which in 1810 divided the territory of the *Virreynato* of Nueva Granada from the *Capitanías Generales* of Venezuela and Guatemala, and from the Portuguese possessions of Brazil»⁽²⁰⁾.

(16) E.g., S. DURÁN, *La doctrina latinoamericana del uti possidetis*, Concepción, Universidad de Concepción, 1977, p. 44.

(17) LORENTE, *Territorio y nacionalidad*, cit., pp. 70-71.

(18) LORENTE, *Uti possidetis*, cit., p. 148.

(19) What the *Acta de Federación* addressed was that the regency or other Spanish authorities would not be recognized by the Confederation of provinces «without the free and spontaneous consent of the people». See D. GUTIÉRREZ, *Un nuevo reino: geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 281 ff.

However, the 1856 treaty signed with Ecuador brought novelty. Both the 1858 and the 1863 constitutions made an explicit acknowledgement of the agreement as it « provisionally » drew the southern border of the republic, so the *cuestiones de límites* and their resolution by diplomatic means earned a place within the constitutional status, together with the *uti possidetis iuris*.

Even though the mutual recognition treaties between the new Spanish-American republics consecrated the principle and the Congress of Panamá stressed the mutual respect over their territories⁽²¹⁾, the limits between them were by no means entirely identified, and there were areas in which neither the Spanish Monarchy nor the Portuguese crown had ever been effectively in control. These circumstances gave rise to an array of boundary disputes, sometimes leading to war⁽²²⁾.

From 1826 onwards, the governments of Gran Colombia and New Granada complained about the Brazilian occupations of terri-

⁽²⁰⁾ *Constituciones de Colombia*, M.A. Pombo and J.J. Guerra (eds.), Tomo III, 4th ed., Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1986, pp. 51, 69, 194, 258, 326; *Constituciones de Colombia*, M. A. Pombo and J. J. Guerra (eds.), Tomo IV, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1986, pp. 7-8, 55. Gutiérrez Ardila has emphasised the practical inefficacy of the *uti possidetis* discourse in the *Ley fundamental*. For instance, Quito, Guayaquil, and Panamá declared their independence before joining the Republic of Colombia; therefore, «the principle which truly structured the Republic was not the *uti possidetis* of 1810 but the associative will of the territories». See D. GUTIÉRREZ, *La creación de la República de Colombia: de la práctica gubernativa al diseño constitucional (1819-1921)*, in *Política y Constitución en tiempos de las Independencias*, M.T. Calderón (ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 210 ff.

⁽²¹⁾ See also the famous letter from Bolívar to Sucre: «Neither me nor you nor the Congresses of Peru or Colombia can break the basis of public law recognized in America. That basis is that the republican governments are founded over the limits of the former *virreinos*, *capitanías generales* or *presidencias* such as that of Chile». Simón Bolívar to Antonio José de Sucre, February 21st 1825, in S. BOLÍVAR, *Doctrina del Libertador*, ed. by Manuel Pérez Vila, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 2009, pp. 224-225.

⁽²²⁾ A. SÁNCHEZ, *Un continente desestructurado. Los nuevos Estados latinoamericanos y los problemas de delimitación territorial durante el siglo XX*, in *Los nuevos Estados latinoamericanos y su inserción en el contexto internacional, 1821-1903*, A. Sánchez and A. Delgado (eds.), Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2012, pp. 19-42.

tories in the watersheds of the rivers Amazonas, Yapurá and Yavarí, which were held by the Spanish crown according to the Treaty of San Ildefonso (1777) ⁽²³⁾. Brazil, which remained an imperial power until the last decade of that century, did not reassess its policy regarding boundaries and therefore maintained its support for the *de facto* possession characteristic of the disputes between the Iberian empires over the American territories in the eighteenth century ⁽²⁴⁾. Nevertheless, it was not until the 1850s when a real crisis broke out following the treaties signed by Brazil with Venezuela (1852) and, especially, with Peru (1851), involving territories allegedly belonging to the Republic of New Granada, particularly the area of the so-called Apoporis-Tabatinga line ⁽²⁵⁾, which would eventually be known as the Amazonian trapeze ⁽²⁶⁾.

Mostly because of the concentration of power in Bogotá, and therefore the weakness of both knowledge and control over distant territories ⁽²⁷⁾, and apparently due to the difficulties of the Foreign Secretary Lorenzo María Lleras to deal with all his tasks at that very moment ⁽²⁸⁾, Neo-Granadian diplomats initially acknowledged these previous territorial «concessions» in the Lleras-Lisboa Treaty (1853). However, in 1855, the Senate explosively rejected the agreement as a result of the leadership of Pedro Fernández Madrid, who addressed his peers in the following terms:

⁽²³⁾ J.C. ROUX, *De los límites a la frontera: o los malentendidos de la geopolítica amazónica*, in «Revista de Indias», LXI (2001), 223, pp. 524-525.

⁽²⁴⁾ V.G. QUESADA, *La política imperialista del Brasil y las cuestiones de límites de las repúblicas sudamericanas*, Buenos Aires, Casa Vacarro, 1920, p. 274 ff.

⁽²⁵⁾ L.A. TORO, *Cuestión de límites entre Colombia y el Brasil*, in «Estudios de Derecho», 9 (1922), 87, p. 2009.

⁽²⁶⁾ On the dispute over the Tabatinga line and international tripoints in general, see L. PÉREZ-PRAT, *La frontera triangular*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, esp. pp. 65-69.

⁽²⁷⁾ Ó. GRANADOS, *Una interpretación histórica de las relaciones bilaterales entre Brasil y Colombia en el período 1990-2011*, in *Colombia y Brasil: ¿socios estratégicos en la construcción de Sudamérica?*, E. Pastrana, S. Jost and D. Flandes (eds.), Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2012, p. 83.

⁽²⁸⁾ R.M. GRANADOS, *Historia de Colombia: la Independencia y la República*, New York, Ediciones LAVP, 2019 [1962], p. 421; TORO, *Cuestión de límites*, cit., p. 2010.

Our negotiation on the boundaries with Venezuela has been virtually paralyzed since 1854, when new difficulties emerged from contradictory pretensions over the basins of the Orinoco, Casiquiare and Rionegro rivers joined matters pending from a long time ago about the possession of the Goajira peninsula and the San Faustino district. The demarcation of our boundary with Ecuador has been paralyzed for some years, because the old disputes regarding the basin of the Carchi River and the possession of the seaports of Tumaco and La Tola have become complicated after subsequent disputes in relation to the rivers Mira, Coca and Napo. The territorial question with Costa Rica is also entangled due to the rash claim recently put forward by such republic for the exclusive possession of the Golfo Dulce and the Archipiélago de Bocas del Toro. With all these difficulties and conflicts, the last straw is to add one more to those left by the *Madre Patria* in its negotiations with Portugal.

Unfortunately, Citizens Senators, this is what has been done in the *Tratado de límites* between New Granada and Brazil signed in this city on the 25th of July of 1853. A Treaty that, far from easing preexisting difficulties has made them bigger by creating new ones⁽²⁹⁾.

These opening lines of Fernández Madrid's address are very telling of the environment in the second half of the nineteenth century, when boundary disputes became commonplace in the foreign policy of Latin American republics. The Cuban-born politician did not avoid self-criticism, underlining a «painful» fact such as the lack of attention paid by the government to the control of these areas. Apart from «praiseworthy but still fleeting efforts» to «civilize the natives from Caquetá and Putumayo» or to «organize the administration of the areas involved» in the 1840s, Fernández Madrid admitted that nothing had been done in order to «settle, protect and promote» territories adjacent to the alleged boundaries. However, he still founded his case against the treaty on the non-observance of the *uti possidetis* of 1810, particularly on the neglect of the clauses in the treaties of 1777 and 1750. It could not be assumed, as plenipotentiaries had done in 1853, that the treaties of the eighteenth century were obscure, had expired, or had never been fulfilled nor that third parties such as Argentina or Bolivia had never respected them.

(29) P. FERNÁNDEZ, *Informe sobre el Tratado de Amistad y Límites entre la República de la Nueva Granada y el Imperio del Brasil*, Bogotá, Imprenta de El Neo-granadino, 1855, pp. 1-2.

At the core of Fernández Madrid's denial of the Brazilian claims was his belief in the «fair and conciliatory» character of the *uti possidetis of 1810* when compared to the *uti possidetis de facto*. He thought that there was no sense in applying a principle such as the latter, which necessarily presupposed the existence of a war. Law should be precisely the only point of reference when conducting a negotiation in times of peace, and, as a result, the only bodies that could change or invalidate the Spanish American republics' territorial demarcation were those possessing the sovereignty of the «geographic-political» subdivisions of the former empire. That is, the separation or subdivision of Guatemala or Central America from Mexico, of Ecuador and Venezuela, or even of Bolivia and Uruguay from Argentina, did not mean modifying the fact that the bodies endowed with sovereignty fitted into former demarcations.

There are two things in Fernández Madrid's arguments that might seem puzzling. First, the basic aim of the *uti possidetis of 1810* applied in the 1820s was eminently procedural, since it was enforced to avoid further conflicts. Therefore, in a context with a multiplicity of boundary disputes such as the one depicted by Fernández Madrid, and especially after the constitutionalisation of the international agreement over boundaries with Ecuador, would it not be natural to find such a doctrine challenged? Second, Fernández Madrid connects the existence of a «national will» to the survival of imperial demarcations:

Although originary sections that qualified as *Virreynatos* or *Capitanías Generales* have been subdivided as time has passed by, this has not taken place without the consent of the Nation which integrated such territories [...] Therefore, only the concurrence of the national will, only their mutual consent, consummated the thought of each nationality with the territory to which corresponded them according to the rules enacted and the treaties signed by Spain⁽³⁰⁾.

This supposed relationship between the application of the *uti possidetis of 1810* and a supposed will of the nation or nations placed within the former administrative demarcations seems rather

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, p. 6.

problematic. Did these «nations» and «nationalities» exist before independence or were they a subsequent construction after 1810? What happened where opposing conceptions of nationality coexisted in such demarcations? Which one was the «nationality» entitled with sovereignty in those border territories forgotten for almost a decade?

Some years earlier, Fernández Madrid himself had strongly advocated for the rights of the Republic of New Granada towards the Mosquito Coast. From the perspective of the *uti possidetis iuris*, there was probably some room for the claim, since in November of 1803, a *Real Orden* attached jurisdiction over this coast to the Viceroy of New Granada⁽³¹⁾. However, one may wonder which «nationality» was entitled to decide the future of the Mosquito Coast within New Granada, among other things because it does not seem that Fernández Madrid was thinking of the will of the Miskito people, who had been effectively occupying important enclaves of that territory before and after 1810. Quite the opposite, Neo-Granadians were afraid of the potential recognition of a native community such as the Miskitos as an independent nation by the British Empire, which, at the time, was a power with a strong influence in the area, because this could trigger similar claims from the indigenous communities established at the Darien or the Guajira⁽³²⁾. «Nation-state building», as Nancy P. Appelbaum has pointed out, «has often had colonial overtones»⁽³³⁾.

Dealing precisely with the case of Gran Colombia, Bartolomé Clavero has noted the process of the «deconstitution» of preexisting native «nations» in parallel with the protection of a newly cre-

⁽³¹⁾ J.B. LOCKEY, *A Neglected Aspect of Isthmian Diplomacy*, in «The American Historical Review», 41 (1936), 2, p. 300.

⁽³²⁾ R. GHOTME, *La diplomacia neogranadina en la "cuestión mosquitia" 1839-1849*, in «Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad», 7 (2012), 2, pp. 21-52.

⁽³³⁾ N.P. APPELBAUM, *Envisioning the Nation: The Mid-Nineteenth-Century Colombian Chorographic Commission*, in *State and Nation Making in Latin America and Spain. Republics of the Possible*, M.A. Centeno and A.E. Ferraro (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 395.

ated nation conceived as a mere reflection of the «state»⁽³⁴⁾. Such a contrast between the «deconstitution» of indigenous communities and a new process of nation/state/republic-building may give us some clues about the somehow paradoxical «revival» of the *uti possidetis iuris* principle from the second half of the century onwards. The process of replacing pre-existing political communities by a brand new and centralised republic required the latter to deploy an «article of faith» regarding territory, a basic tenet that could be taken as a point of reference in order to stand by the eventual «completion» of the administration⁽³⁵⁾.

Territorial conceptions and tenets played a double role in this deployment. They not only helped to subject native communities to the control of the republic, but they also provided a powerful ideological view able to underpin the massive spread throughout public education of the aforementioned process of institutional building. Certainty was needed when teaching geography and the «*Historia patria*» at primary or secondary schools and universities. In addition, unlike the *uti possidetis de facto*, which was, after all, also a fictitious construction, the *uti possidetis of 1810* and the defence of the rights over territories held by the former demarcations and titles of the Catholic Monarchy offered certainty, or at least a resolute aspiration towards certainty.

Taking into account the republican aims of certainty and completion regarding territories, it is not surprising that the 1850s was

(34) B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia entre constitución, concordato y un convenio (1810-2010)*, in «Revista de Historia del Derecho», 41 (2011), pp. 79-137. The aim of Clavero in this case is to underline the role played by the Catholic Church throughout missions in this process of deconstitution, given that, over the course of the nineteenth century, native communities whose right to sign treaties was recognized in the international arena became mere local peoples, if not «savage tribes» to be civilized.

(35) Here we come across the notorious idea of *terra nullius*, which, during the last decades of the nineteenth century, was used in Latin America precisely to deny its existence. Since all states were considered adjacent, there was no room for «indigenous spaces» or potential new appropriations of territory by European powers. B. CLAVERO, *Terra Australis Nullius: jurisprudencia, historiografía, antropología, memoria, ficción y rock bajo el signo de Mabo*, in «Quaderni fiorentini», 48 (2019), pp. 356-426, esp. 396-397.

the decade when the project of the Chorographic Commission was finally set in motion. An 1849 parliamentary act entrusted a commission with the task of offering a « complete description of the New Granada and to draw a general chart of the Republic and a chorographic map of each one of its provinces, with their related itineraries and particular descriptions »⁽³⁶⁾. At the end of the first of his four mandates as president, Tomás Cipriano de Mosquera invited the Italian geographer Agustín Codazzi, who was in Venezuela, to be in charge of the task. Despite the fact that the period expected by the act to carry out the project was six years, Codazzi left the work unfinished when he died in 1859.

Even though Mosquera eventually drifted apart from the plans of Codazzi and the commission at the end of the 1850s, he deserves credit for reactivating an old idea such as that of the commission and, furthermore, Mosquera himself was an active student of geography⁽³⁷⁾. Del Castillo has cogently shown that Mosquera was one of the « heirs » of Francisco José de Caldas, a geographer whose work for the monarchy on the eve of independence was re-interpreted by newly established republican statesmen in order to build a political system centred on Bogotá⁽³⁸⁾. Mosquera was the main promoter of the idea of rendering Cundinamarca's capital city as a federal district and made exactly that possible during the period of the Confederation. Not surprisingly, one of the main points Mosquera argued to defend the role of Bogotá as the « axis » of the republic was that it had been the place fixed as the capital city « since the colonial period »⁽³⁹⁾. In 1852, in the midst

⁽³⁶⁾ V. URIBE, *La Comisión Corográfica colombiana y la misión Héliographique francesa: dos empresas nacionales a la luz del positivismo del siglo XIX*, in «Historia y sociedad», 30 (2016), pp. 173-181.

⁽³⁷⁾ N.P. APPELBAUM, *Dibujar la nación. La Comisión Corográfica en la Colombia del siglo XIX*, Bogotá, Universidad de los Andes-Fondo de Cultura Económica, 2017. Codazzi even joined Mosquera's army in the civil war of 1854. DEL CASTILLO, *Crafting a Republic*, cit., pp. 235-236.

⁽³⁸⁾ DEL CASTILLO, *Crafting a Republic*, cit.; L. DEL CASTILLO, *Caldas as Galileo: Republican Print Culture Invents an Obscurantist Monarchy to Legitimate Rule*, in «Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura», 45 (2018), 2, pp. 89-117.

⁽³⁹⁾ P. RUIZ, *El distrito federal y la disputa por Bogotá: controversia política entre*

of the controversy provoked by the treaties, Mosquera published his own *Carta de la República de Nueva Granada*, whose boundaries drawn were «aggressive, particularly against Brazil». His map explicitly identified the «territories claimed and in part seized by Brazil», and in fact corrected the boundaries made by Codazzi himself during his period in Venezuela⁽⁴⁰⁾.

The Republic of New Granada, and then the Granadine Confederation, experienced both territorial and constitutional changes. During Mosquera's first term in office, the Caldas Institute, an institution whose aim was the provision of technical as well as moral education to provincial elites, was founded. The social networks resulting from the first generation of elites trained at the Caldas Institute led to the emergence of a «cross-party coalition» that «attempted to assert control over popular sectors» at the core of the constitutional developments, including the orientation towards federalism that would be manifested in the constitutions of 1858 and 1863⁽⁴¹⁾. Mosquera embraced federalism and led the insurrection against the conservative President Ospina, which triggered the civil war between 1860 and 1862. He designated himself as president again, but his «autocratic aspirations» could not avoid the enactment of the Rionegro Constitution of 1863⁽⁴²⁾, which was considered a definitive «ideological manifesto of liberalism»⁽⁴³⁾ and which established the United States of Colombia.

actores locales y federación, 1858-1864, in «Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura», 46 (2019), 1, pp. 149-175.

⁽⁴⁰⁾ S. DÍAZ, S. MUÑOZ, M. NIETO, *Ensamblando la nación. Cartografía y política en la historia de Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, pp. 47-48. The writings of Mosquera on the life of Bolívar, published posthumously, also included a reference to the role played by the doctrine in the Constituent Congress of Peru. T.C. DE MOSQUERA, *Memoria sobre la vida del General Simón Bolívar, Libertador de Colombia, Perú y Bolivia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1954, p. 499. For the increasing emphasis on the *uti possidetis iuris* by Colombian cartographers since the 1840s, see DUQUE, *Rutas e itinerarios*, cit., pp. 175-179.

⁽⁴¹⁾ DEL CASTILLO, *Crafting a Republic*, cit., p. 228 ff.

⁽⁴²⁾ E. POSADA-CARBÓ, *La tradición liberal colombiana del siglo XIX: de Francisco de Paula Santander a Carlos A. Torres*, in *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX*, I. Jaksic and E. Posada-Carbó (eds.), Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 165.

In the meantime, attempts to break the stalemate in the negotiations were fruitless in the following years due to the determination of Brazilian plenipotentiaries to avoid starting negotiations without acknowledging the *uti possidetis de facto* as a point of departure⁽⁴⁴⁾. Both in the 1850s and at the beginning of the 1860s, some voices, particularly critical of Brazil's role, were raised calling for a new American Conference to solve the myriad boundary disputes on the continent⁽⁴⁵⁾. External threats to the republics of Spanish America led Mosquera to convince Bolivia, Chile, Peru, Venezuela and the Central American republics to join in a conference. Brazil was not invited. The agreement between France, Spain and the United Kingdom to promote an intervention in Mexico, the conflicts of Spain with Peru and Santo Domingo, and the weakness of the United States in times of war were the main factors that justified the celebration of the Second American Congress of Lima (1864-1865). The congress was meant to follow that of 1847-1858 as a sort of continuation of the *Congreso Anfictiónico* of 1826. The bases of discussion distributed by Juan Antonio Ribeyro, Peruvian Minister of Foreign Affairs, included a point calling for an agreement «on the measures to the attainment of the resolution of all the boundary disputes, which in almost all American republics are the cause of international disputes, hostilities, even wars»⁽⁴⁶⁾. Chile explicitly requested the exclusion of this matter of the agenda⁽⁴⁷⁾, and the governments failed to ratify the agreed-upon treaty of peace within the stipulated period of two years⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴³⁾ J.G. GÓMEZ, *Entre Obando, Mosquera y Murillo Toro: tres versiones del federalismo colombiano*, in *Federalismos. Europa del Sur y América Latina en perspectiva histórica*, M. Suárez (ed.), Granada, Comares, 2016, pp. 128-131; 139-142.

⁽⁴⁴⁾ TORO, *Cuestión de límites*, cit., p. 2010.

⁽⁴⁵⁾ P. MONCAYO, *Colombia i el Brasil, Colombia i el Perú. Cuestión de límites*, Valparaíso, Imprenta i Librería del Mercurio de Santos Tornero, 1862.

⁽⁴⁶⁾ G.A. DE LA REZA, *La Asamblea Hispanoamericana de 1864-1865, último eslabón de la anfictiónía*, in «Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México», 2010 (39), pp. 71-91.

⁽⁴⁷⁾ J. AROSEMENA, *Estudio sobre la idea de una Liga Americana*, Lima, Imprenta de Huerta y C^a, 1864, pp. 135-136.

⁽⁴⁸⁾ G.A. DE LA REZA, *Un capítulo inadvertido del americanismo: el Segundo*

In 1867, the same year in which the government, along with the state of Cundinamarca and the municipality of Bogotá, agreed to the creation of the National University of Bogotá, Peru founded the city of Leticia along the Amazon River next to the Brazilian border. Immediately after widening the opening of the Amazon River to commerce after decades of exclusive control by the Brazilian empire, this action reactivated the unresolved border controversy of the previous decades⁽⁴⁹⁾. The combination of these two factors was crucial for the reappearance of the study of the doctrine *uti possidetis of 1810*, especially as a result of the contribution made by José María Quijano Otero.

3. *Looking for certainty. Quijano Otero and the boundaries with Brazil and Costa Rica.*

José María Quijano Otero was born in Bogotá in 1836. Although he trained as a doctor, he never carried out any duties in the field of medicine. A recognised bibliophile, he first worked in business and agriculture and later devoted himself to journalism, writing literary and political essays for several newspapers⁽⁵⁰⁾. As described by one of his acquaintances, Diógenes A. Arrieta, who would eventually become a government minister, Quijano Otero was «of conservative manner, and a Roman Catholic in religion. But tolerance was one of his greatest social virtues, and mildness the general tone of his character»⁽⁵¹⁾. The epitome of his

Congreso Americano de Lima y el liderazgo de Justo Arosemena (1864-1865), in «Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales», 41 (2019), pp. 537-552.

⁽⁴⁹⁾ C.G. ZÁRATE, *Introducción: La Universidad Nacional y la demarcación de la frontera amazónica*, in J.M. Quijano, *Memoria histórica sobre los límites entre la República de Colombia i el Imperio del Brasil*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018 [1869], pp. 15-23. This edition contains a reprint of the first version of the report, originally published in the *Anales de la Universidad*.

⁽⁵⁰⁾ M. SEGURA, *Itinerario del Museo Nacional de Colombia 1823-1994. Tomo II. Historia de las Sedes*, Bogotá, Museo Nacional de Colombia, 1995, pp. 215-217. Also see QUIJANO, *Memoria histórica*, cit., p. 25.

⁽⁵¹⁾ D.A. ARRIETA, *Ensayos literarios*, Caracas, Imprenta de La opinión nacional, 1883, p. 194.

moderate nature was the role he played in the controversy with Miguel Antonio Caro regarding the pertinency of July 20 as a national holiday⁽⁵²⁾. During the early stages of the Colombian civil war between 1860 and 1862, Quijano Otero fought against the liberal uprising led by Mosquera. His war diary, the manuscript of which remained unpublished until the historian Eduardo Posada found it in the 1930s, shows a relative respect towards Mosquera in the beginning, but that turned into a deep rejection of the latter's «dictatorial» and «tyrannical» manners after the occupation of Bogotá, as well as a strong aversion to the leader of the Confederation himself, Mariano Ospina. «I have taken up arms», confessed Quijano Otero, «to defend Bogotá and my family, not Mariano Ospina and his electoral law»⁽⁵³⁾.

Initially critical of the Rionegro Constitution⁽⁵⁴⁾, Quijano Otero was put in charge of the National Library and the National Museum of Colombia by the administration of Santos Acosta once Mosquera was deprived of his power in 1867⁽⁵⁵⁾. Quijano Otero would remain in charge of these offices until 1873. Both institutions belonged to the freshly founded National University, whose President was Manuel Ancízar. At the University, Quijano Otero also held the position of Chair of *Historia patria* during the same period. As director of the Library, he launched *Anales de la Universidad*, a journal in which official documents coexisted with

⁽⁵²⁾ A.P. CARDONA, *El pasado en discordia. Miguel Antonio Caro y José María Quijano, 1872*, in «Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades», 38 (2017), pp. 445-446.

⁽⁵³⁾ J.M. QUIJANO, *Diario de la Guerra Civil de 1860 y otros sucesos políticos*, Bogotá, Editorial Incunables, 1982, p. 11.

⁽⁵⁴⁾ «The Constitution of the United States of Colombia was born violated. It was said, with good reason, that Mosquera pretended to give a sword to the Convention the very day of its establishment, but when the Convention took the sword it did not realize that the Dictator was giving it by its end. Then, when the sword was going to be carried, Mosquera pulled it by the hilt holding the blade, whereas the Convention ended up just holding the scabbard». *Ibid.*, p. 159.

⁽⁵⁵⁾ R. RAMÍREZ, E.A. LONDOÑO, *La historia, los instructores y sus editores en la Universidad Nacional de los Estados Unidos de Colombia, 1868-1875*, in *Universidad Nacional de Colombia — 150 años*, R. Ramírez (ed.), Medellín, Universidad Nacional de Colombia, 2017, p. 56 ff.

more programmatic writings, such as his own study of the boundaries with Brazil. As Chair of *Historia patria*, he was specifically funded by the university to produce «a book to be used in education», which resulted in the *Compendio de Historia Patria*, the first edition of which was published in 1874 and which was edited three more times until 1910. Quijano Otero also carried out diplomatic duties himself, in particular, in the negotiations with Costa Rica in 1880. He was sent to Spain as a commissioner of the government to the IV International Congress of Americanists in 1881⁽⁵⁶⁾, which allowed him to visit the *Archivo de Indias* in Seville, where he published the final version of the report on the limits between Brazil and Colombia that he had prepared during his period in the National Library⁽⁵⁷⁾. He died in 1883, the same year in which the third edition of his *Compendio de Historia Patria* was published.

Quijano Otero definitely fits into the new class of Latin American characters who devoted themselves to the study of territorial matters in the way Podgorny describes. She underlines the connection between private bibliophiles and the consolidation of diplomacy and other national institutions potentially related to territorial matters — such as national archives or libraries — where these individuals were in charge⁽⁵⁸⁾. Although his life and career were brief, up to a point, Quijano Otero might be compared with other members of his generation, such as the Argentinian Vicente Gregorio Quesada, also a director of a national library and a strong promoter of the *uti possidetis of 1810*. Quesada has been labelled by Paulo Cavaleri as the main promoter of «territorial nationalism» in Argentina⁽⁵⁹⁾, and Quijano Otero played a similar

⁽⁵⁶⁾ The proceedings show Quijano Otero's disappointment with the opposition of most delegates towards a potential celebration of the following conference in America. See *Congreso Internacional de Americanistas. Actas de la Cuarta Reunión, Madrid 1881. Tomo I*, Madrid, Imprenta de Fortanet, 1883, pp. 309-310.

⁽⁵⁷⁾ MEJÍA, *La república*, cit., p. 95n. Cf. J.O. MELO, *La literatura histórica en la República*, in ID., *Manual de literatura colombiana*, Bogotá, Procultura-Planeta, 1988 (also available at <http://www.jorgeorlandomelo.com/historiografia2.htm>).

⁽⁵⁸⁾ PODGORNÝ, *Fronteras de papel*, cit., p. 61 ff.

⁽⁵⁹⁾ CAVALERI, *La restauración*, cit.

role in the context of the United States of Colombia. However, in the case of Colombia, appealing to the *Virreinato* in national terms was no longer an option in the second half of the century. As we have already seen, Fernández Madrid accepted the «national will» of the *Audiencia de Quito* and the *Capitanía General de Venezuela* in the 1850s while simultaneously championing the *uti possidetis* principle.

3.1. *An academic task. The Chair of Historia patria and Quijano Otero's memorandum on the boundary dispute with Brazil.*

A decree promulgated by the government on January 21, 1868 founded «the National Library and the National Museum». Its twelfth article stipulated that the director had the obligation to «write and submit to the *Gran Consejo de la Universidad* a historical memorandum on any aspect of national history, being a fact, a governmental term, or a period up to 10 years, containing footnotes, and providing an account on the documents used in the writing process». The fourteenth article mandated the director to launch an academic journal, which eventually would become the *Anales de la Universidad*⁽⁶⁰⁾.

The report was finally published both in parts in the *Anales de la Universidad* in 1869 and as a book⁽⁶¹⁾. The relevance of the topic at that very moment was unquestionable. Precisely the same year, the Colombian constitutional lawyer Florentino González wrote «*Los límites de las Repúblicas*», a strong manifesto against the *uti possidetis* principle — either *iuris* or *de facto* — published in the «bible» on debates germane to territorial disputes, *La Revista de Buenos Aires*. Building upon works such as the history of Argentina written by Luis Lorenzo Domínguez⁽⁶²⁾, González de-

⁽⁶⁰⁾ *Decreto Arreglando la Biblioteca i el Museo nacional*, in «Anales de la Universidad Nacional de los Estados Unidos de Colombia», 1 (1868), 1, p. 64.

⁽⁶¹⁾ J.M. QUIJANO, *Memoria histórica sobre límites entre la República de Colombia i el Imperio del Brasil*, Bogotá, Imprenta de Gaitán, 1869.

⁽⁶²⁾ L.L. DOMÍNGUEZ, *Historia argentina*, Buenos Aires, Imprenta de Mayo de C. Casavalle, 1868 [1862].

nied the possibility of transferring administrative limits to the international arena. The reasons behind the establishment of internal boundaries by the «inept and senseless» monarchy were not the same as those that should be taken into account by nations when drawing secure frontiers from an international point of view. The division of a given state or empire into «provinces, departments, regions or cantons» was based on the ease of administration and control. Drawing an international boundary requires considering many other factors, such as protection against potential invasions, means to enforce efficient tax collection, and security in the use of navigable waters⁽⁶³⁾. «It seems odd that today men want to rely on what yesterday they contested», noted González⁽⁶⁴⁾. In addition, making use of the peculiar vocabulary of the time, he took into account the relationship of this project with the subjugation of indigenous peoples:

If *uti possidetis* gets established as a tenet of Spanish-American international law principle, what is going to happen to the non-civilized countries settled in the Orinoco, the Amazone, the Plate and their tributaries? The new republics, founded to guarantee the rights of men and to keep justice, as established in their constitutions, would continue possessing the territory in the same way that Spain did. However, Spain did it by encroaching on the rights of men and against justice. They called themselves owners or possessors because they subdued by force to the uneducated inhabitants of those territories and violently took them from the properties that belonged to them⁽⁶⁵⁾.

However, these sorts of arguments did not concern Quijano Otero. His driving force was different because from his perspective, the colonial period was not as opposed to the republican period as González had assumed. For Quijano Otero, Colombia had «inherited» some aspects of the colonial period, a clear case being its territorial conception.

⁽⁶³⁾ F. GONZÁLEZ, *Los límites de las Repúblicas hispano americanas y el principio del Uti Possidetis* (1869), in Florentino González. *Escritos políticos, jurídicos y económicos*, O. Delgado (ed.), Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura, 1981, p. 524.

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. 523.

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. 530.

There is one noteworthy difference between how Quijano Otero explains the origin of his report on the boundaries with Brazil when he published it in parts in the *Anales de la Universidad* in 1869 and how he depicts the origin of the memorandum in the Spanish edition of 1881. In 1869, Quijano Otero reproduces the twelfth article of the decree and justifies his own decision of dealing with the boundary dispute with Brazil: «The field that I was let to work on was so open [...] that I doubted some days in the choice of the issue that I should study. Finally, I chose the boundary dispute, still unresolved, between Colombia and the Brazilian Empire. The matter is not just important, but it is also grave. I could have chosen other matters much more pleasing to me, [...] but the idea that my work may contribute to solve this matter after so many years of useless controversy made me chose it»⁽⁶⁶⁾. It seems that he had had complete liberty to decide what matter he was going to deal with, and precisely because of the particular conjuncture of that very moment, he decided to work on the dispute. However, in the introduction to a further edition of the memorandum published in Spain, *Límites de la República de los Estados Unidos de Colombia*, Quijano Otero depicted the situation otherwise. Presenting himself as an «*individuo correspondiente de la Academia Española de la Historia*», he explained the origin of the work in a different way: «Honoured by the National Government as I am by the request of serious and meticulously studying the titles from which Colombia inherits its territorial rights, I hide neither the fact that the task is beyond me nor the sacred interests I defend, not to mention the responsibility and the honour that such a trust grants me»⁽⁶⁷⁾.

The explanation for this change may be found in a contract between Quijano Otero and Pablo Arosemena, *Secretario de lo Interior i Relaciones Internacionales* in 1879 that was ratified by a parliamentary act on July 6, 1880. The contract assigned Quijano

⁽⁶⁶⁾ QUIJANO, *Memoria histórica*, cit., p. 33.

⁽⁶⁷⁾ J.M. QUIJANO, *Límites de la República de los Estados-Unidos de Colombia*, Tomo 1: *Bases generales. Los Tratados hispano-lusitanos. El uti possidetis de 1810*, Sevilla, Francisco Álvarez y C^a, 1881, pp. XVII-XVIII.

Otero the task of writing a book on the *Límites de los Estados Unidos de Colombia* within a period of two years, giving him financial support from the national budget. He would earn 200 *pesos* a month during this period, and if the book were published on time, he would receive 5000 *pesos* and further monthly payment as compensation for the task of proofreading⁽⁶⁸⁾. Quijano Otero's journey to Seville was planned in the parliamentary act that validated the contract. The *Cámara* provided financial support of up to three thousand *pesos* in case «Quijano Otero deemed it necessary or useful going to Spain with the purpose of researching on the documents in the archives of this Nation». In addition, he was also provided with five thousand *pesos* for the purchase of bibliography or documents about the Spanish possessions, Bolívar, and biographies of eminent Latin American statesmen⁽⁶⁹⁾.

Although it might seem that Quijano Otero was recycling his old material under a new appearance, the contract itself stipulates that the book would take as a model the memorandum prepared in 1869. Given that the 1881 version appears entitled as «*Tomo I*», there is room for the conjecture that Quijano Otero planned additional volumes that, due to his relatively premature death, did not appear: «In each one of the sections in which the parts of the work would be divided, I will try to commentate on the history of diplomatic relations in relation to the demarcation between the United States of Colombia and the adjacent Nations»⁽⁷⁰⁾. This seems even more plausible when taking into account that the contract specified that «the work is to be divided into the following sections: (1) the bases upon which Colombia substantiates its rights; (2) the boundaries upon the Republic of Venezuela; (3) the boundaries upon the Empire of Brazil; (4) the boundaries upon

(68) *Contract Made with Señor José María Quijano Otero, for the Preparation of a Work Concerning Boundaries*, in *Costa Rica-Panama Arbitration. Documents Annexed to the Argument of Costa Rica before the Arbitrator Hon. Edward Douglass White, Chief Justice of the United States*, Volume II, Rosslyn, The Commonwealth Co. Printers, 1913, pp. 411-414.

(69) *Ley 57 de 1880, por la cual se aprueba un contrato i se ordena la adquisición de ciertas obras históricas*, in «Diario oficial», XVI (1880), n. 4764.

(70) QUIJANO, *Límites de la República*, cit., p. XII.

the Republic of Ecuador; (5) the boundaries upon the Republic of Costa Rica; (6) The Mosquito Coast; and (7) a general summary»⁽⁷¹⁾. Although Quijano Otero did not have time to deal with the rest of the cases in further volumes, the timing of the assignment was coincident with the escalation of hostilities in the boundaries with Costa Rica regarding both the Atlantic and Pacific coasts, an issue in which Quijano Otero would eventually play a leading role.

In the introduction, Quijano Otero identified two basic «cardinal points» in Colombia's strategy. First, the appeal to the treaties celebrated between the Iberian monarchs drawing the line between their overseas possessions. Second, the *uti possidetis* of 1810 «derived from the *Reales Cédulas* and *Órdenes* issued by the Spanish monarch to the colonies that belonged to his possessions»⁽⁷²⁾. According to Quijano Otero's view, it was important to refute «the doctrines defended by the statesmen of the [Brazilian] Empire» by means of clarifying the interpretation that «all the Governments of every nationality from Spanish origin» had given to the tenet⁽⁷³⁾. Although he discovered previous examples in which the Roman interdict had been applied to «international» conflicts, he underlined the unique nature of the «creole» (*sic*) significance of the notion.

Within this context, *uti possidetis* meant the pacific agreement between the new republics about the adoption of the demarcation established by the «former Sovereign» as a domestic principle of their legal systems, «supported by the valid titles in force at the moment of the emancipation»⁽⁷⁴⁾. His interpretation of the principle assumed, as Fernández Madrid had already done in the previous decade, that the principle was not applied by countries that had made war between them but by countries that had shared the same side against a third party. This insistence in the general validity of the principle for all the Spanish American republics was

⁽⁷¹⁾ *Contract Made*, cit., p. 412.

⁽⁷²⁾ QUIJANO, *Límites de la República*, cit., p. IX.

⁽⁷³⁾ *Ibid.*, p. X.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*, pp. 318-319.

crucial for Quijano Otero's view, even though the facts showed that the situation was much more complex.

The memorandum consists of two parts. The first one, which deals with the pre-independence period, is called *Las Coronas española y lusitana*, and the other one, concerning the post-independence period, is symptomatically entitled *El uti possidetis de 1810*. Especially in the first part, Quijano Otero crosses a historical and didactic approach and the reproduction of sources over the dispute. Among the primary sources, Quijano Otero quotes the bull *Inter caetera* (from the version of Solórzano Pereira's *Política Indiana*)⁽⁷⁵⁾, the Treaty of Tordesillas (from Carlos Calvo's compilation)⁽⁷⁶⁾, and, especially, the diplomatic documents and fragments regarding the Treaty of 1750, its annulation in 1761⁽⁷⁷⁾, and the Treaty of 1777⁽⁷⁸⁾. The amateur tone of some of the historical parts of the research is noteworthy, not least in the earliest part of his account, in which Quijano Otero gathered anecdotes and value judgements about the characters involved in the first decades of the conquest and the period of colonisation. Its tone is far from the spirit of a memorandum that was reportedly conceived to be influential in the orientation of Colombia's diplomacy. This approach provided a hint at how he would develop the *Compendio de Historia Patria* in the following years.

Between the first edition of *Memoria histórica* in 1869 and the book published in Seville in 1881, Quijano Otero added some remarks stressing his rejection of the use of effective possession as a point of reference in regard to territorial disputes. This is clearly seen from the very beginning, when he offers his view of the last decade of the fifteenth century. «It is noteworthy», he asserted when talking about the events of 1493, «that at that time, which unfairly we often do not take into consideration, the right to possess was more respected than the fact of possession»⁽⁷⁹⁾. When dealing with the Treaty of Tordesillas, he added in 1881 that since

(75) *Ibid.*, pp. 7-11.

(76) *Ibid.*, pp. 13-29.

(77) *Ibid.*, pp. 65-79; 90-92.

(78) *Ibid.*, pp. 117-136.

(79) *Ibid.*, p. 11.

the parties estimated the bulls as the best titles for *dominium*, this was a clear example that from that moment on the titles (or the right to possess) overcame factual possession⁽⁸⁰⁾.

Even though the book was supposed to be essentially based on the demarcations between those territories that were formerly territories of New Granada and Brazil, Quijano Otero devotes pages and pages to deal with another controversy between the Catholic crown of Spain and Portugal in the continent, such as the dispute over the colony of Sacramento after 1680. The aim of this approach is to underline reproachable actions committed by the Portuguese crown. For instance, he deals profusely with the disputes emphasising the «dilatatory methods» employed by Pedro II and the lack of impartiality of the Portuguese commissioners with regard to the maps used in the negotiations when compared to the Spaniards, «who took as a point of reference Dutch maps and compared them to choose the one which offered more probabilities of accuracy».

His account of the Amazonian area in the seventeenth century was directed at dismantling all Portuguese claims over the territories based on the 1637 expedition of Pedro Teixeira, who, at that time, three years before the independence of Portugal, was under the command of the Spanish king, Phillip IV. On the other hand, even though Quijano Otero acknowledged the fact that the Treaty of Tordesillas would no longer be in force («this part of our work is useless today»), he continued offering interpretations against the Portuguese maps based on the numerous scientific developments that took place during that century.

According to Quijano Otero, the troublesome attempts to apply the Peace of Utrecht and the Treaties of 1750 and 1777 were characterised by «the interest and good faith» of the Spanish diplomats and government on the one hand, and the «violations of the law» on the part of the Portuguese on the other hand. By means of *de facto possession*, Portugal had reached the Yavarí and the basin of the Río Negro, whereas decades previously, they had only been able to control the mouth of the Amazon River. However, the treaties of the eighteenth century showed only that the

⁽⁸⁰⁾ *Ibid.*, p. 29.

parties «acknowledged the impossibility of solving» disputes as such «on paper»⁽⁸¹⁾. In 1750 and 1777, the Catholic Monarchy and the Portuguese crown agreed to some boundaries but only in general terms, and they appealed to the nomination of commissioners to demarcate the limits on the ground as well. In other words, any attempts to solve disputes exclusively through legal documents such as the bulls or treaties were already useless⁽⁸²⁾.

However, one century later, the task of Quijano Otero was to offer a historical account favourable to Colombia's claims at that very moment, and his point of reference could be none other than the law. He would help the government that had put him in charge of the National Library inasmuch as he could maintain the validity of the Spanish foundations to claim *dominium* over «the Spanish territory that later on was called Colombia». In chronological order, these were the discovery, the conquest, the first occupation, and even the recognition of the rights throughout international treaties⁽⁸³⁾, particularly after the ratification of the agreement of 1750 in the eleventh clause of the 1777 treaty in relation to the Amazon area.

Obviously, Quijano Otero's view includes a very detailed account of the problems faced by Francisco Requena, Governor of Maynas, when trying to lead the demarcation between the Japurá River and the Amazon in Tabatinga after 1777⁽⁸⁴⁾. Requena did not organise an adequate team or sufficient provisions. Nor had he all the cartographic references required to accomplish his mis-

⁽⁸¹⁾ D. RAMOS, *El Tratado de Límites de 1750 y la expedición de Iturriaga al Orinoco*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1946, p. 21 ff.

⁽⁸²⁾ For extensive information on the crucial role played by disputes of private actors in this matter, see T. HERZOG, *Frontiers of Possession. Spain and Portugal in Europe and the Americas*, Cambridge, Harvard University Press, 2015, pp. 17-133.

⁽⁸³⁾ QUIJANO, *Límites de la República*, cit., p. 137.

⁽⁸⁴⁾ On this matter, see also M.L. ROJO, *La Línea Requena: fijación científica de la frontera brasileña con Venezuela, Nueva Granada y Perú (1777-1804)*, in F. De Solano and S. Bernabeu, *Estudios (nuevos y viejos) sobre la frontera*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1991, pp. 217-247; J.L. DEL RÍO, *Don Francisco Requena y Herrera: una figura clave en la Demarcación de los Límites Hispano-Lusos en la cuenca del Amazonas*, in «Revista Complutense de Historia de América», 29 (2003), pp. 51-75.

sion. The trip to Seville allowed Quijano Otero to include further materials on this matter. There are a considerable number of epistolary sources from colonial officials in this part of the memorandum, highlighting the lack of resources of the Spanish commission and the dilatory actions of the Portuguese officials. There are also parts of the *Memoria* on the mission written by Requena, as well as fragments of a report by Floridablanca in which he justified Requena's standpoint. Quijano Otero takes the refusal of the Portuguese commissioners to provide Requena with a copy of the maps of the Apaporis line they held as one of the main instances of Portuguese *mala fides* during the expedition. In addition, Quijano Otero suggests, following Codazzi, that in the 1840s, the Portuguese officials confused the Orinoco and the Yapurá, then setting as a point of reference for the demarcation a reported waterway between the Yapurá and the Río Negro that did not actually exist⁽⁸⁵⁾. Quijano Otero also condemned the undue use of the works of Humboldt on the part of the Brazilian plenipotentiaries in the nineteenth century. Humboldt had offered his view of a territory that, at the turn of the eighteenth century, was being seized by the Portuguese. According to Quijano Otero, however, Humboldt's view had nothing to do with the lawful state of things, which was none other than the one defined by the treaties:

The works of the commissioners did not bring a different fruit than that of making public territories almost forgotten. This meant nothing to the boundary. The Spanish nation lost time and money, but the LEGAL BOUNDARY ('*la FRONTERA DE DERECHO*') defined in the Treaty of 1777 was still standing. Sooner or later, this boundary would be effective because neither mere geographic acknowledgement of a territory has ever been considered as a conquest, nor the breach of a Treaty as an act of legitimate possession, nor the misappropriation as a right⁽⁸⁶⁾.

Quijano Otero had already reached the conclusion that the disputes over demarcations in America «do not have more than two practical solutions: Either war or arbitration»⁽⁸⁷⁾, and the lat-

⁽⁸⁵⁾ QUIJANO, *Límites de la República*, cit., pp. 274-275.

⁽⁸⁶⁾ *Ibid.*, p. 296.

⁽⁸⁷⁾ *Ibid.*, p. XI.

ter was the only way out. Therefore, facing a potential array of arbitration procedures in the following decades, his strategy was to strengthen as much as possible the validity of the *uti possidetis of 1810* by highlighting Spanish treaties and titles. Leading to a sort of vicious circle, the inability of the doctrine to contain conflicts led to a deeper insistence on its applicability.

Quijano Otero's purpose was not just to highlight the pivotal role of the *uti possidetis of 1810* in the territorial conception of Colombian polity but rather the importance of the doctrine for all of the Spanish-American republics. How Quijano Otero depicted the natural applicability of the *uti possidetis of 1810* in the republics erected after the *Independencias* may be found in some examples. In relation to Colombia, by reproducing the terms in which the idea of territory is approached in the *Ley fundamental* drafted in 1819, he stressed the parts of the clause that consecrated the *uti possidetis of 1810* as a constitutional principle: «*Its territory would be that encompassed by the former Capitanía general de Venezuela and the Virreinato del Nuevo Reino de Granada, covering an extension of 115 thousand square leagues, whose precise details will be fixed under better circumstances*»⁽⁸⁸⁾. This use of emphasis is obviously not innocent. If the emphasis were placed on the following sentence, the impression of the reader would be otherwise⁽⁸⁹⁾. Quijano Otero also played down the impact of the fact that in 1858 and 1863, constitutions recognised international trea-

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, p. 321.

⁽⁸⁹⁾ Let us compare Quijano Otero's italics in this article with those used by a present historian who, quite to the contrary, tries to emphasize the obstacles and uncertainty faced by the new political order in Angostura: «[Its territory would be] that encompassed by the former Capitanía general de Venezuela and the Virreinato del Nuevo Reino de Granada, covering an extension of 115 thousand square leagues, whose precise details will be fixed under better circumstances». DUQUE, *Geografía y cartografía*, cit., p. 416. Duque Muñoz reminds us that the *Ley fundamental* also established that under better circumstances a new city with Bolívar's name would be founded with the aim of becoming the capital city of the Republic of Colombia. Bogotá was temporarily designated the capital in 1821, but apparently, those «better circumstances» never materialized. On the provisional idea of territory in Cúcuta and the interests behind settling Bogotá as the capital city, see DEL CASTILLO, *Crafting a Republic*, cit., p. 48.

ties apart from the former demarcations as elements defining the republic's territory. Even though they were not included within the scope of the *uti possidetis iuris* formula, the boundaries with Ecuador and Peru, in reality, followed the previous demarcations as well: «Without a doubt these boundaries were included in the demarcation of the *Virreinato* mentioned in the clause»⁽⁹⁰⁾.

With respect to the other republics, Quijano Otero appealed to different moments in which these republics had consecrated the doctrine in their own constitutions and particular cases in which they had appealed to the *uti possidetis of 1810* in boundary disputes. In such a way, the proof of the support of Venezuela for the principle might be found in the clash with New Granada in 1847 concerning some territories next to the Arauca River, since Venezuela affirmed the *uti possidetis iuris* against such neo-Granadian possession⁽⁹¹⁾. Ecuador claimed the doctrine in its boundary dispute with Peru regarding provinces next to the Amazon River such as Jaen or Maynas in the 1850s⁽⁹²⁾. Even Peru asserted the doctrine when it was involved in a dispute with Chile a few years before the publication of the Spanish volume of Quijano Otero's book⁽⁹³⁾. In describing these disputes, Quijano Otero enumerates constitutional provisions and diplomatic actions reportedly consecrating the *uti possidetis iuris* in the practical totality of all of the Spanish-American republics.

Perhaps the most interesting passages of *Memoria histórica* originally published in 1869 are precisely those in the few parts of the book that were not part of the edition printed in Seville, probably because Quijano Otero had in mind to publish them in the subsequent volumes. The essay on the Brazilian interpretation of the *uti possidetis principle* is extremely eloquent. In the essay, Quijano Otero establishes his distinction between the *American uti possidetis* and the *Brazilian uti possidetis*. Whereas the former was «possession founded on the law, a law supported by titles ema-

⁽⁹⁰⁾ QUIJANO, *Límites de la República*, cit., p. 363.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, pp. 369-370.

⁽⁹²⁾ *Ibid.*, pp. 377-378.

⁽⁹³⁾ *Ibid.*, p. 385.

nated from a legitimate authority», the latter was «possession founded in facts, without more title than the fact of possessing, even if this fact is a misappropriation»⁽⁹⁴⁾. Quijano Otero, himself a disciple of Lorenzo María Lleras, lamented the performance of the former Colombian plenipotentiary during the negotiations of the Treaty of 1853: Lleras had accepted the Brazilian interpretation, which for Quijano Otero was nothing other than «the former conquest, disguised with diplomatic colours»⁽⁹⁵⁾. Obviously, this generalisation again simplifies the attitude of the Spanish-American countries, which had been involved in a complex scenario of boundary disputes of all kinds for decades. It also neglects the well-known doctrinal opinions of the Venezuelan Andrés Bello, who, after consultations with the neo-Granadian government in 1857, submitted a report supporting the *uti possidetis de facto*. «The opinion of Bello seems crucial in this matter, but his high authority does not dispense it from being discussed», observes Quijano Otero⁽⁹⁶⁾. According to the latter, Bello had not criticised the *uti possidetis iuris* when Chile had defended its territories with Spanish archival documents in disputes against Argentina and Bolivia⁽⁹⁷⁾.

The discussion against Bello and the Brazilian interpretation leads Quijano Otero to deal with a key element: the territories that, in 1810, were not effectively occupied by the republics and were involved in the boundary dispute. He decided to use the case of the Mosquito Coast as an example. His thoughts on this matter are extremely significant. For Quijano Otero, in 1869, such territories belonged to Central America and Colombia, even though in 1810, indigenous «tribes» occupied them. «American nations», he noted, «do not recognize the existence of independent tribes within the territory that belonged to the Spanish crown»⁽⁹⁸⁾. As Alejandro Álvarez would popularise in the first decades of the twentieth century⁽⁹⁹⁾, Quijano Otero founded the idea of the

⁽⁹⁴⁾ QUIJANO, *Memoria histórica*, cit., p. 526.

⁽⁹⁵⁾ *Ibid.*, p. 527.

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*, p. 537.

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*, p. 539.

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*, p. 543.

American uti possidetis on the Monroe doctrine. According to the doctrine, there was no land for conquest in the hemisphere. Building on previous accounts by Kent and Story, Quijano Otero underlines the fact that in the United States «primitive inhabitants» had no other right than occupation, under the authority and sovereignty immanent to the government. The reference of the United States' principles leads Quijano Otero to conclude that «the principle of recognizing in the continent neither *res nullius* territories nor the existence of indigenous tribes has not just the support of publicists, but the general approval of the nations that have proclaimed it»⁽¹⁰⁰⁾.

In summary, Quijano Otero's memorandum had three purposes. First, he affirmed the rights of the Spanish Crown over the territories in dispute, with a particular focus on the *mala fides* manoeuvres of the Portuguese crown. These *mala fides* actions were crucial because they would restrain any potentially effective appeal to prescription. Second, he emphasised the pan-Spanish-American nature of the doctrine by offering an account of the constitutional clauses containing it and its role in negotiations between republics. The latter factor allowed him to be very selective with the cases offered to the reader, when it was known that claims were often notoriously formulated depending on the interests and aspirations of the parties, not to mention the fact that the demarcations from the Monarchy could be uncertain in many cases. Finally, his interpretation of the *uti possidetis iuris* doctrine assumed that the rejection of *terra nullius* necessarily involved the non-recognition of indigenous communities.

Even though his main efforts had been devoted to the study of the history and circumstances of the dispute between the Iberian crowns over the Amazonian area, the boundary dispute between the United States of Colombia and Costa Rica was the con-

⁽⁹⁹⁾ A. ÁLVAREZ, *Le droit international américain. Son fondement — Sa nature*, Paris, A. Pedone, 1910.

⁽¹⁰⁰⁾ QUIJANO, *Memoria histórica*, cit., pp. 540-541. Extensively on this matter, see CLAVERO, *Terra Australis*, cit.

troversony that drove Quijano Otero to take part in a proper diplomatic mission.

3.2. *A practical task. Costa Rica and the Castro-Quijano Convention (1880).*

As can be deduced by the writings of Quijano Otero in 1869, in parallel with the boundary dispute with Brazil, the Colombian claim to Costa Rica over territories on the Isthmus of Panama continued for many decades after the campaign made by Fernández Madrid to gain territories along the Mosquito Coast in the 1840s. There were some fruitless attempts to solve the dispute for almost fifty years⁽¹⁰¹⁾, most notably the Montúfar-Correoso Treaty of 1873 that was not ratified by any of the parliaments involved. The efforts on the part of Colombia do not seem to have been very strong until 1880⁽¹⁰²⁾, when Quijano Otero was nominated the plenipotentiary to the negotiations, replacing Carlos Holguín, who apparently had not been well received by the Costa Rican government⁽¹⁰³⁾.

The diplomatic correspondence between José María Castro and the Colombian authorities in the previous months is very symptomatic of how paralysed the negotiations were at that time. Even though both parties were conscious of the fact that resorting to an eventual arbitration was unavoidable, they kept stressing their claims in an apparently unbridgeable way. «It is irrelevant (*no es del caso*)», states Castro, «to deal now with the analysis of the titles that give Costa Rica an indisputable property of the zone in which the Golfo Dulce bay is situated. It is enough the immemorial and continuous possession in which these territory and waters have been. A tranquil, pacific and notorious possession; a possession acknowledged by all Colombian administrations

⁽¹⁰¹⁾ H. MURILLO, *El problema fronterizo con Colombia y la actitud de Estados Unidos*, in «Ciencias Sociales», 32 (1986), p. 22.

⁽¹⁰²⁾ S.J. RANDALL, *Colombia en el mundo*, in *Colombia. La apertura al mundo*, Eduardo Posada Carbó (coord.), Madrid, Fundación Mapfre, 2015, pp. 88-90.

⁽¹⁰³⁾ L.A. DURÁN, *Manuel Sinisterra, un viaje a Costa Rica de 1789 a 1881*, in «Revista de Historia», 67 (2013), p. 266.

[...]»⁽¹⁰⁴⁾. Luis Carlos Rico, *Secretario de lo Interior i Relaciones Internacionales*, replied to Castro, underlining Colombia's compromise with the *uti possidetis of 1810*. As supported by «authentic and irrefutable documents», the limits of Colombia reached the Cabo Gracias a Dios in the Atlantic coast, i.e., all of the Mosquito Shore and up to the Golfito River on the Pacific coast⁽¹⁰⁵⁾. After making enquires to the Costa-Rican President about this, Castro replied that what was in dispute was not the property of territories but the possession. In addition, the Costa-Rican possession had been a fact for more than fifty years, not mere «ideal demarcations without support in history»⁽¹⁰⁶⁾.

Holguín put pressure on the Costa Rican government to withdraw the public officers deployed in Punta Burica, which was considered to be a Colombian territory. This was a *sine qua non* condition to start any sort of negotiation⁽¹⁰⁷⁾. Once this aim was achieved, Quijano Otero's mission was more conciliatory. Although he initially tried to reach an agreement, he soon accepted the submission to arbitration underlining Colombia's aim of contesting «her full rights» and making «no friendly concessions»⁽¹⁰⁸⁾. Increasingly convinced of the idea that this method was the only way to successfully enforce legal claims, he played a leading role in the agreement known as the Quijano-Castro Treaty of 1880, signed in San José on December 25. By means of this agreement, both parties agreed to submit the boundary dispute to the king of Belgium and, in case of refusal, to the king of Spain and, if a further refusal, to the president of the Republic of Argentina. Once the arbitrator had heard the parties and analysed their

⁽¹⁰⁴⁾ J.M. Castro to L. C. Rico, May 15, 1880, in M.M. DE PERALTA, *Costa-Rica y Colombia de 1573 a 1881, su jurisdicción y sus límites territoriales según los documentos inéditos del Archivo de Indias de Sevilla y otras autoridades*, Madrid, Librería de M. Murillo, 1886, pp. 365-366.

⁽¹⁰⁵⁾ L.C. Rico to J.M. Castro, April 20, 1880. *Ibid.*, pp. 367-369.

⁽¹⁰⁶⁾ J.M. Castro to L.C. Rico, June 10, 1880. *Ibid.*, pp. 354-355.

⁽¹⁰⁷⁾ J. UMAÑA, *Don José María Castro Madriz y el Congreso de Panamá de 1881*, in «Revista Costarricense de Política Exterior», 30 (2018), pp. 120-121.

⁽¹⁰⁸⁾ G. IRELAND, *Boundaries, Possessions, and Conflicts in Central and North America and the Caribbean*, Cambridge, Harvard University Press, 1941, p. 30.

documents and allegations, he should draw «a line that will divide forever and clearly» both territories and would issue an award within the following ten months. The parties would formally and explicitly renounce to any sort of reclamation against the arbitral decision, and they would commit themselves to obey it «promptly, loyally and forever, jeopardizing their national honour»⁽¹⁰⁹⁾.

The United States reacted against the nominations because any change in the status of the area could affect its transit rights in the isthmus⁽¹¹⁰⁾, which, at the time, was also a matter of some controversy with Colombia. The responsibility of the choice was attributed to Quijano Otero. In the words of the US Minister to Central America, «the choice of the arbitrator does not indicate a very favourable sympathy from the plenipotentiary of Colombia, who, as far as I have been informed, was responsible for the nominations»⁽¹¹¹⁾.

The US diplomats exerted pressure on Belgium, and Leopold II finally refused to deal with the award. The dispute was therefore submitted to Alfonso XII. The Spanish king postponed his decision time after time until his death in 1885, blocking the possibility of submitting the task to the Argentinian President⁽¹¹²⁾. The reluctance of the United States in relation to the resolution of disputes by other powers anticipated further claims to arbitrate the conflicts arising in the continent, as would occur in the following decade regarding boundary questions such as that confronting Venezuela and British Guiana⁽¹¹³⁾. It was not until 1900 that the French President Loubet issued an award on the dispute, but neither Quijano Otero nor the United States of Colombia were

⁽¹⁰⁹⁾ *Tratado entre Costa Rica y los Estados Unidos de Colombia, comprometiéndose en arbitraje su cuestión de límites*, in DE PERALTA, *Costa-Rica y Colombia*, cit., pp. 357-360.

⁽¹¹⁰⁾ J. LONDOÑO, *Episodios sobre la fijación de las fronteras nacionales*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2017, p. 140.

⁽¹¹¹⁾ MURILLO, *El problema fronterizo*, cit., p. 26.

⁽¹¹²⁾ *Ibid.*, pp. 30-32.

⁽¹¹³⁾ H. DOMÍNGUEZ, *James Bryce y los fundamentos intelectuales del internacionalismo liberal (1864-1922)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 250 ff.; LORENTE, *Nación y Naciones*, cit., pp. 386-387.

still alive by that time. The *Guerra de los mil días*, which eventually would facilitate the separation of Panamá from Colombia, had already been initiated. The boundary finally drawn up in the so-called Laudo Loubet did not satisfy any of the parties, especially Costa Rica⁽¹¹⁴⁾, which had in its control the majority of the territory in dispute, and led to further controversies during the first half of the twentieth century.

When preparing the allegations it would submit to Loubet, the government of Colombia requested from the president of the *Real Academia Española de Jurisprudencia*, Antonio Maura, a report providing advice. Maura's words were extremely eloquent:

The impartial arbitrator will experience an odd feeling once realizing that [...] both parties equally acknowledge the rule of *uti possidetis* and admit as a legitimate frontier the boundaries that, following the Laws of the Indies and other resolutions of the Spanish Monarchy, [...] separated the *Audiencia* and the *Capitanía general de Guatemala* from the *Audiencia de Panamá*, the far North-West part of the *Virreynato de Santa Fe*⁽¹¹⁵⁾.

Maura's puzzlement has to do with the application of the same principle, which was rather elusory for a Spaniard at that time. However, the key of this coincidence was the fact that although both powers appealed to the *uti possidetis* and the survival of the former colonial demarcations, Costa Rica used as a point of reference a date other than 1810. The Constitution of 1848 made reference to the *uti possidetis of 1826* in its 7th article, and the Constitution of 1871, additionally including the treaty with Nicaragua of 1859, which established that «The territory of the Republic [...] is bounded [...] on the southeast, by Colombia, in regard to which the *uti possidetis of 1826* shall be observed»⁽¹¹⁶⁾. According to Suzanne Lalonde, the choice of this

⁽¹¹⁴⁾ H.G. PERALTA, *La diplomacia en Costa Rica*, San José, Imprenta Trejos Hnos., 1969, pp. 43-44.

⁽¹¹⁵⁾ *Consultation de M^e A. Maura sur la question de limites entre la Colombie et le Costa-Rica*, in *Différend de limites entre la Colombie et le Costa-Rica. Arbitrage de Son Excellence M. Le Président de la République Française. Consultations et Mémoires présentés par la Colombie*, Paris, Librairies-Imprimeries réunies, 1900, p. 2.

⁽¹¹⁶⁾ J.B. MOORE, *Costa Rica-Panama Arbitration. Memorandum on Uti Possidetis*, Rosslyn, The Commonwealth Co. Printers, 1913, p. 48.

date might have been related to the cession of the district of Nicoya, ratified by a federal act on December 1825, or to the outbreak of the civil war in Central America⁽¹¹⁷⁾. However, it is plausible that the significant event that consecrated the date was the Gual-Molina Treaty of 1825, ratified in 1826⁽¹¹⁸⁾. In this agreement, both governments guaranteed reciprocally «the integrity of their respective territories [...] on the same basis in which they were before the current war of independence», and «agree to respect their limits as they are at present, reserving the friendly demarcation by means of a special convention as soon as circumstances allow it, or after one of the parties manifest to the other one its willingness to negotiate»⁽¹¹⁹⁾.

For the Costa Rican diplomat Manuel María de Peralta, whose work in compiling the documents on this issue during the following decades was nothing but impressive, the treaty of 1825 just consecrated the *uti possidetis of 1821*⁽¹²⁰⁾. The important date was neither 1810 nor 1826, but 1821, the year when Central America attained its emancipation. For Peralta, who considered the *Real Orden de San Lorenzo* of 1803 abolished, Fernández Madrid and his epigones had «a peculiar way to deal with history and to interpretate geography, based on mere conjectures». In line with this standpoint, he harshly criticised Quijano Otero's conduct in the negotiations, using precisely some quotes from the memorandum on Brazil:

Mr. Quijano commits a mistake when he states that ALL the American nations acclaimed and accepted the *uti possidetis of 1810*, because the provinces of the Reino de Guatemala, today the republics of Costa Rica, Nicaragua, Salvador, Honduras and Guatemala, could accept it neither in 1810 nor in 1819, when for the first time Colombia proclaimed such a doctrine. In this latter date, Guatemala was still under legal rule of Spain, and the *uti possidetis* begins in the very moment of the emancipation, as Mr. Quijano himself explains⁽¹²¹⁾.

(117) LALONDE, *Determining Boundaries*, cit., p. 262n.

(118) *Costa Rica-Panama Arbitration. Documents*, cit., pp. 19-20.

(119) Arts. 5 and 7, *Tratado de Unión, Liga y Confederación perpetua entre Colombia y las Provincias Unidas de Centroamérica*, Bogotá, 15 de marzo de 1825.

(120) M.M. DE PERALTA, *Historia de la jurisdicción territorial de la República de Costa Rica (1502-1880)*, Madrid, 1891, p. 231.

Thus, September 1821 was the only possible point of departure for the Central American diplomats when appealing to a hypothetical «inheritance» of colonial demarcations. The boundaries established at that time were the Island of the Escudo de Veragua on the Atlantic coast, the mouth of the Chiriquí Viejo River, and Punta Burica on the Pacific coast⁽¹²²⁾. For Peralta, taking as a point of reference the date of the insurrectional movement against the Spanish colonies enshrined the right of property, whereas it was detrimental for the right of possession. This meant that «the doctrine was inaccurately named, because the American *uti possidetis* is precisely the opposite of the Roman interdict known as such»⁽¹²³⁾. Then, if Quijano Otero had focused his efforts on proving that for all American countries the *uti possidetis* of 1810 was an admitted principle, it might be asked how he had dealt with this matter in the case of Central America.

Quijano Otero did not change his text on the admission of the *uti possidetis* by Central America between 1869 and 1881. In both editions, he made his case in favour of the application of the *uti possidetis* doctrine by means of quoting a document from the Costa-Rican legation during the dispute against Nicaragua that had led to the Madrid-Zavala Treaty of 1846. In the document, the Costa Rican commissioners had indeed used the *uti possidetis* formula, but they had done so by emphasising September 1821 as a milestone. «Every observation regarding the facts and the existence of both provinces when they were Spanish colonies», pointed out Quijano Otero, «only should have relation to the time before the great occurrence that took place in September 1821, when the independence of the former Reino de Guatemala was declared»⁽¹²⁴⁾. That is, in 1846, when Costa Rica and Nicaragua negotiated the Madriz-Zavala Treaty, they could not appeal to any date other than 1821. The distinction between the *uti possidetis* of 1810 and the *uti possidetis* of 1821 was extremely important, even

⁽¹²¹⁾ DE PERALTA, *Costa-Rica y Colombia*, cit., p. 336.

⁽¹²²⁾ DE PERALTA, *Historia de la jurisdicción*, cit., p. 231.

⁽¹²³⁾ *Ibid.*, p. 227.

⁽¹²⁴⁾ QUIJANO, *Límites de la República*, cit., pp. 379-382.

though both conceptions eventually relied on history⁽¹²⁵⁾, and even though, in this particular case, there were no great changes between one date and the other, the key was the validity — or lack thereof — of the *Real Orden* of 1803.

This apparent inconsistency might be explained by a peculiar trait in Quijano Otero's perspective: He did not take into account the distinction between the *uti possidetis* of 1810 and the *uti possidetis* of 1821. Irrespective of the year in which the independences were attained, the Spanish legislation and its jurisdictional acts were the only basis of the *uti possidetis* that should guide the relations between the Spanish American Republics, as Mosquera had stated himself⁽¹²⁶⁾. The Spanish demarcation system was the important point of reference, and therefore, it made no sense to discuss beyond 1810, apart from potential international agreements regarding particular disputes made by the new republics. However, 1810 and the related Spanish legislation should be the point of departure when negotiating such agreements. This was his standpoint, and he defended it not only in academic works but also in San José.

4. *Colonial legitimacy and territory in Quijano Otero's Compendio de Historia Patria.*

The last two decades have witnessed a renewal of the study of the nature and purposes of the so-called *historias patrias* in Colombia, usually neglected by historians of historiography due to factors such as its popular audience⁽¹²⁷⁾. The *historias patrias* were accessible handbooks conceived for the mass public, generally young

(125) LORENTE, *Uti possidetis*, cit., p. 152.

(126) QUIJANO, *Límites de la República*, cit., pp. 354-355.

(127) See A.P. CARDONA, *Trincheras de tinta. La escritura de la Historia patria en Colombia, 1850-1908*, Medellín, Fondo editorial Universidad EAFIT, 2016; ID., *Repensar la Historia patria: materialidad, formas narrativas y usos. Colombia segunda mitad del Siglo XIX*, in «Revista de Historia de la Educación Latinoamericana», 16 (2011), pp. 33-56; C.A. LENIS, *Memoria, olvido y construcción de identidades: la enseñanza de la historia patria en Colombia, 1850-1911*, in «Revista Educación y Pedagogía», 22 (2010), 58, pp. 137-151; A.P. CARDONA, *La nación de papel: textos escolares*,

students, that sketched out the history of Colombia with «simple narrative structures», and whose aim was to strengthen patriotism among the youngest generations⁽¹²⁸⁾. Writing a *historia patria* was usually considered an undertaking for «men of authority», mostly politicians in search of recognition who undertook the task as a zenith of their careers⁽¹²⁹⁾.

However, this trend in publishing such materials had not always been so popular. When and how did the *historias patrias* appear? Before the 1868 decrees, there were only two minor texts conceived for use in elementary schools for teaching Colombian history, that of José Antonio de Plaza and that of José Benito Gaitán. The government tried to solve this lack of reliable materials in 1871, by putting Quijano Otero in charge of the publication of a new comprehensive and systematic text⁽¹³⁰⁾. This assignment overlapped with the enforcement of broader measures to foster primary education, using cartographies and geographies, as Del Castillo has recently argued, as a «new ideological tool»⁽¹³¹⁾.

The military and epic tone of the *Compendio* does not leave much room for the enumeration of legal or political principles in the analysis offered by Quijano Otero, especially in his account of the 1810s. An overwhelming number of characters emerge, usually portrayed as heroes or villains that play the role of models or enemies for children. «More than teaching history», wrote one of his former students, Arrieta, in 1883, «Quijano Otero taught patriotism»⁽¹³²⁾.

However, the *uti possidetis* doctrine is expressly mentioned when dealing with the boundary question with Ecuador and the Treaty of 1832⁽¹³³⁾. In addition, what is even more significant is

política y educación en el marco de la reforma educativa de 1870, in «Co-herencia: Revista de Humanidades», 4 (2007), 6, pp. 1-32.

⁽¹²⁸⁾ CARDONA, *La nación de papel*, cit.

⁽¹²⁹⁾ CARDONA, *Repensar la Historia*, cit.

⁽¹³⁰⁾ LENIS, *Memoria*, cit., p. 144.

⁽¹³¹⁾ DEL CASTILLO, *Crafting a Republic*, cit., pp. 281-290.

⁽¹³²⁾ ARRIETA, *Ensayos*, cit., p. 193.

⁽¹³³⁾ J.M. QUIJANO, *Estados Unidos de Colombia. Compendio de la Historia patria*, Bogotá, Imprenta de Medardo Rivas, 1883, p. 396.

that in many parts of the book, Quijano Otero takes advantage of the opportunity to underpin the idea that the titles over territories inherited by the new republic, especially in the context of the boundary dispute with Brazil, were valid.

The chronology of the handbook starts in 1486, when Christopher Columbus arrived at La Rábida after the rejection of his project by the Portuguese crown. The *Compendio de Historia Patria* is divided into lessons, and at the end of each, there is a brief appendix written in small font and entitled *Indicaciones para los maestros* («Instructions for the teachers»). The appendix of the second lesson, which reviews the first colonial settlements until 1503, suggests that:

It is not superfluous to recall that on May 3, 1493, Pope Alexander VI, issued the bull that ceded the possession of the discovered countries to Spain, and to separate it from the Portuguese conquered lands, he drew a line that goes 100 leagues to the West from the Cape Verde Islands, which was the starting point of prolonged debates between the Spanish and the Lusitanian crowns⁽¹³⁴⁾.

This aseptic perspective on the award of the bull diverges dramatically from the post-war *catecismos patrióticos*, such as that of Fernández de Sotomayor in 1814, who strongly demanded the invalidity of the Pope's concession⁽¹³⁵⁾.

The contradictory nature of a discourse that was intended to encompass the claim for the Spanish legacy and the uniqueness of a «Colombian character» — especially against foreign enemies — appears recurrently in subsequent lessons. For instance, when dealing with the founding of Santa María la Antigua del Darién, reportedly the first stable settlement in the area that eventually would become Colombian territory, Quijano Otero asserts: «It was [...] the first town founded in our territory. However, it did not survive but some few years, and today, there are no remains. The tribes living at that part of the Darién set an example, which never should be forgotten, of the way the native territory is defended against foreign invasions»⁽¹³⁶⁾. Therefore, the *Compendio*

⁽¹³⁴⁾ *Ibid.*, p. 8.

⁽¹³⁵⁾ Quoted in MEJÍA, *La República*, cit., p. 92.

⁽¹³⁶⁾ QUIJANO, *Estados Unidos*, cit., p. 12.

de Historia Patria «started» in the 1480s with Colón's project and the «first Colombian town» was a Spanish settlement, but Colombian children in the nineteenth century had to learn about the way in which the indigenous communities defended their territory against «foreigners», on the other hand.

This sort of ambivalence is also noticed in the representation of the aforementioned heroic or wicked characters. Highly regarded figures are usually balanced by evil figures. Whereas Christopher Columbus was a «distinguished sailor who brought as a seed of civilization the religion of Christ and the language of Castile»⁽¹³⁷⁾, his brother Bartholomew Columbus was a «traitor» and a «villain»⁽¹³⁸⁾. Whereas the Queen of Castile had been a «protector», the King of Aragon was considered a «treacherous» figure, who «exploited and scorned» the inhabitants of the «discovered region»⁽¹³⁹⁾. In his account of the *Leyes Nuevas* issued by Charles V, Quijano Otero claimed that in «enacting these laws, the monarch followed the will of *Isabel la grande (la católica)*, who in one of the clauses pleaded to her husband, and ordered her heirs that the *indios* were treated the same way as their subjects, given that when the discovery was undertaken, the aim was joining souls for heaven, not slaves for the earth»⁽¹⁴⁰⁾.

Returning to the idea of territory, it is worthwhile to consider the chronological structure of the *Compendio de Historia Patria*. It is very symptomatic that the book is divided into sections (the conquest, the colony, the independence, the republic, and *Nueva Granada*), and the turning point chosen by Quijano Otero between «the conquest» and «the colony» was precisely the establishment of the Real Audiencia de Santafé in 1549. How Quijano Otero portrays this event is not without relevance:

The establishment of the Audiencia had a supreme importance in the conquered territory. Without any laws so far besides the will of the chiefs, who accepted but did not enforce [*obedecian pero no cumplían*] the laws from the King, being the natives subjected to the discretion and rapacity of the

⁽¹³⁷⁾ *Ibid.*, p. 4.

⁽¹³⁸⁾ *Ibid.*, p. 8.

⁽¹³⁹⁾ *Ibid.*, p. 9.

⁽¹⁴⁰⁾ *Ibid.*, p. 73.

encomenderos, the new authorities should be judges for everyone, as well as protectors for the indigenous people. The establishment of the Audiencia was, therefore, the first step towards the civil government of the country, and to our discernment, it marks the point in which the period of conquest ends and the Colony starts ⁽¹⁴¹⁾.

As it was considered the «first step» towards «the civil government of the country», the Audiencia is not thought of as a mere precedent. There is an assumption of continuity between the Audiencia and the nineteenth century political system that, of course, entails territorial consequences for the republican intellectuals whose thoughts on Colombia were based on the pivotal role of Bogotá. From an intellectual point of view, the establishment of the Colegio de Nuestra Señora de Rosario was, for Quijano Otero, another crucial turning point in Colombian history. According to him, the constitutions drafted by Fran Cristóbal de Torres, the member of the Dominican Order that founded the Colegio, were some of the first documents that were able to produce in the spirit of the *conquistadores* a republican ideology ⁽¹⁴²⁾.

Quijano Otero's «historiographical» description of the territorial controversies between the monarchy and the Empire of Brazil during most of the second half of the eighteenth century reflects the work he had already done in his memorandum on the boundaries:

One of the most important issues in which the Viceroy was involved was that of the demarcation of the line between the Viceroyalty and the adjacent Empire of Brazil. As we have seen, this conflict dated from the discovery period, and despite the fact that the titles owned by the Spanish monarchy were faultless, those from Lisbon mocked the pacts and continued taking possession of alien territories. The same happened to the Treaty of San Ildefonso (October 1st, 1777) because the commissioner Requena, who was able to overcome the obstacles in order to fulfil his mission, could not defeat the bad faith with which Brazilians continued seizing Colombian territory in the Amazonian riversides ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 77-78.

⁽¹⁴²⁾ *Ibid.*, p. 99.

⁽¹⁴³⁾ *Ibid.*, p. 130-131.

Quijano Otero also made Colombian claims over the Mosquito Coast visible in the *Indicaciones para los maestros* of one of the lessons corresponding to the year 1814. Dealing with the detention of Antonio Nariño in Pasto, Quijano Otero reminded the teachers that Nariño's project to join all the littoral provinces «from the Mouth of the Orinoco to the Cape of Gracias a Dios» is one among the many proofs of Colombia's awareness of «its territorial rights over the Mosquito Coast»⁽¹⁴⁴⁾.

In his account of the last years of the Viceroyalty, Quijano Otero gave particular importance to the Archbishop of Santa Fé and Viceroy of New Granada, Antonio Caballero y Góngora, and to the scientist José Celestino Mutis, whom Caballero y Góngora had put in charge of the *Real Expedición Botánica del Nuevo Reino de Granada*. The enthusiasm of Quijano Otero towards the impact of the Enlightenment in the late eighteenth century coexisted once more with his characteristic ambivalence: Whereas the Cádiz-born Mutis was portrayed as a «glory of Colombian sciences», Quijano Otero regretted the promotion of the official monopolies by «Spanish statesmen», whose ineptitude affected the economic development of the region⁽¹⁴⁵⁾.

Mosquera's presidency was considered «probably the most liberal and enlightened that the country had ever had», in such a way that, at the end of the 1840s, «there was not any subject of general interest that lacked a careful study»⁽¹⁴⁶⁾. Figures such as Agustín Codazzi were portrayed as the epitome of the modernisation of New Granada during that period. Together with the development of architecture, public works, and an emerging publishing market, Quijano Otero presented the Chorographic Commission as one of the fundamental landmarks in the modernising effort made by the administration of Mosquera.

Unlike his private account of the civil war, which was extremely critical about the role played by Mosquera and the circumstances under which the Rionegro Constitution was drawn up, the

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 219.

⁽¹⁴⁵⁾ *Ibid.*, pp. 132-133; 163.

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibid.*, p. 406.

portrayal of these events within the *Compendio de Historia Patria* was nothing but detached. The 1863 Constitution appeared as a success, «identical to that of 1858, with some alterations, such as the sovereignty of states, freedom of speech, and the prohibition of death penalty»⁽¹⁴⁷⁾. Quijano Otero put aside his complaints about the origins of the United States of Colombia. Rather, he emphasised the continuities with the Confederation. He subordinated his ideological beliefs to the republican project, something not unusual in nineteenth-century Colombian politics.

In 1890, the Colombian Senate passed a bill promoting the establishment of an *Academia de Historia Patria*, the aim of which was the encouragement of the study of Colombian history since the conquest and the promotion of new publications. It was decided that the institution's walls would be decorated with the portraits of nine «bibliophiles». Among them, of course, was José María Quijano Otero. This is one of the most eloquent examples of the institutional endorsement of what has been called an «official History»⁽¹⁴⁸⁾.

Despite all these efforts to refine and make popular the *uti possidetis iuris* doctrine during the second half of the century in Colombia and many other Spanish-American republics, boundary disputes around the Amazon River and the Isthmus did not disappear. However, during the first decades of the twentieth century, «Colombian leaders faced daunting challenges to make legible a territory over which they had little control»⁽¹⁴⁹⁾. From civil society emerged movements and circles that were against «territorial invasion». Whether in the following decades any sort of «territorial nationalism» emerged, such as that portrayed by Paulo Cavaleri in the case of Argentina, may be a subject of debate. In 1911, in the middle of a dispute with Peru next to the Yapurá River, a seminar

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibid.*, p. 430.

⁽¹⁴⁸⁾ S.A. MEJÍA, *El pasado como refugio y esperanza: la Historia eclesiástica y civil de Nueva Granada de José Manuel Groot*, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 2009, pp. 277-278.

⁽¹⁴⁹⁾ L. DEL CASTILLO, *Educating the Nation*, in *Mapping Latin America: A Cartographic Reader*, J. Dym and K. Offen (eds.), Chicago, The University of Chicago Press, 2011, p. 197.

was launched appealing to the legacy of «the writings and debates of the eminent Colombians Fernández Madrid, Tomás Cipriano de Mosquera, Rojas Garrido, Antonio María Pradilla, Santiago Pérez, Quijano Otero and many others». «Poor Colombian people!», claimed the editorial of *Defensa Nacional*, «whereas hunger enters into their homes and worries them, and the Peruvian invader arrogantly shifts the boundaries of the Nation, those who are responsible of taking care of its honour [...] lose their time with pointless discussions»⁽¹⁵⁰⁾. As recently as 2012, a decision of the International Court of Justice regarding archipelagos on the Mosquito Coast again brought up for public discussion the concern for the «territories lost»⁽¹⁵¹⁾.

5. Conclusion.

At the time of the United States of Colombia, it was more than evident that the so-called *American uti possidetis* doctrine was no longer useful in terms of avoiding boundary disputes. The contemporary circumstances themselves proved its failure. In addition, as the work of Florentino González shows, the tenet did not remain undisputed in Colombian public debate. Paradoxically, the more visible the failure of the doctrine was, the more committed the support of it was by the governments of the day. Public institutions such as archives, libraries, museums and universities were landmarks in the deployment and popularisation of the doctrine. In this regard, the decrees promoting an educational reform played a particularly crucial role by emphasising the importance of mixing both geography and «patriotism». In a republic as geographically fragmented as the United States of Colombia, one of the explanations for this paradox is that the doctrine was extremely useful for Spanish-American republican elites to promote *ad intra* state-building, among other things providing theoretical support for the non-recognition of indigenous communities. From an international perspective, another explanation is that the doctrine of-

⁽¹⁵⁰⁾ *¡Pobre pueblo!*, in «Defensa nacional», 19 (August 2, 1911), p. 2.

⁽¹⁵¹⁾ LORENTE, *Nación y naciones*, cit., p. 390.

ferred relative certainty for jurists and diplomats in the context of the growing acceptance of the submission of such disputes to arbitration by third parties.

Quijano Otero's works on the *American uti possidetis* received support by different means from the administration. His positions as director of the National Library and Chair of *Historia Patria* at the National University supplied him with the resources to develop his views on the role that the principle had in Colombia and the rest of the Spanish-American countries. The government funded the publication of his research in 1869 and its updating almost a decade later, including funding a journey to Seville to gather further materials. Quijano Otero also received public support to publish his *Compendio de Historia Patria*. Even in a historiographic account of such a narrative, simplistic and Manichean character as this handbook conceived for primary schools, Quijano Otero found some room to display assumptions regarding the territory and the legitimacy of the titles of the Spanish monarchy.

International negotiations or legal disputes regarding territorial boundaries were the arena for those in charge of the intellectual support of the *uti possidetis iuris*. In the case of the United States of Colombia, boundary disputes with Brazil or Costa Rica were cases in which a defence of the tenet proved pivotal. Quijano Otero cooperated in the first case by gathering documents and submitting reports, taking advantage of his institutional position and additional public financial support. In the second case, he helped to push negotiations off the ground in San José, which led to a submission of the dispute to arbitration. Because of these negotiations, the Costa Rican jurist Manuel De Peralta was critical of Quijano Otero's perspective, as it was not conscious enough of the tension between the *uti possidetis* of 1810 and that of 1821.

Unlike previous accounts of the principle such as that of Pedro Fernández Madrid, Quijano Otero did not bind together ideas such as «national will» and territory. In contrast, he conceived an idea of the «*patria*» that was strongly republican but not necessarily confronted with colonial times. As he stated in a discourse in front of his students, Independence had rather been the «coming of age» of the «*patria*». This «coming of age» nar-

native explains the apparently paradoxical combination of the consciousness of being building something new — an autonomous republican project — and the claim of continuities of some of the characteristic elements of the previous system. It also explains his ambivalent portrayal of the Spanish Monarchy. Quijano Otero's territorial republicanism thus relied on imperial foundations. In the end, there would be something to inherit. «Nobody would think that our territory is other than the one we inherited from the *madre Patria*», he asserted. «Even if we did not respect the authors, we respect the boundaries fixed by their laws»⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵²⁾ QUIJANO, *Límites de la República*, cit., p. 367.

OLINDO DE NAPOLI

COLONIALISM THROUGH PENAL DEPORTATION IN THE ITALIAN POLITICAL AND LEGAL DEBATE

From Unification to the beginning of the colonial enterprise (*)

1. Introduction. — 2. The debate on deportation at the origin of the Italian penal system. — 3. The debate of the 1870s. — 4. «The name of some men is enough»: Beltrani Scalia and the jurists' opinion. — 5. Between penal utopia and positivist culture. — 6. Conclusions: regeneration and conquest.

1. *Introduction.*

Historiography has investigated the subject of penal deportation in Italy, doing so both with analysis of specific cases of penal colonies, especially on Italian soil⁽¹⁾, and from the perspective of the history of legal culture. From the viewpoint of legal history, Franca Mele in the mid-1990s framed the theme within the context of penal culture by emphasizing the different interpretations and proposals of the jurists, some of whom considered the con-

(*) I want to express my gratitude to the Association of the Friends of the Institute for Advanced Study in Princeton, where I started to work on this research. I am also grateful to some friends and colleagues for their attentive and critical reading of previous draft papers, in particular Mary Gibson, Carlos Petit, Luigi Lacché, and Gia Caglioti, and to all members of the group of discussion of Naples.

⁽¹⁾ Daniela FOZZI, *Una 'specialità italiana': le colonie coatte nel Regno d'Italia*, in *Le colonie penali nell'Europa dell'Ottocento*, ed. by Mario Da Passano, Rome, 2004, pp. 259-272; Franca MELE, *Le isole sono nate fatte per luoghi di pena. Pianosa e le colonie penali agricole nell'Italia dell'Ottocento*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVI (1996), 2, pp. 359-382; Francesca DI PASQUALE, *On the Edge of Penal Colonies: Castiadas (Sardinia) and the «Redemption» of the Land*, in «International Review of Social History», 2019, 3, pp. 1-18.

struction of overseas penal colonies as a way to facilitate the re-socialization of prisoners through work, while others regarded it as a repressive measure aimed at permanently removing the perpetrators of the most serious crimes⁽²⁾. The topic was therefore developed as a chapter in the history of Italian legal culture. In more recent times, the flourishing body of studies on penal positivism, criminality, and the penitentiary question has contributed to bringing the subject back to the center of attention⁽³⁾. In some cases, historians have piercingly focused on the fact that penal colonization served not only to rid Italy of undesired persons, but also worked as an instrument of social engineering, i.e. planting the seeds of new societies and civilizational programs, also in projects of internal colonialism⁽⁴⁾.

At the international level, the topic has been more clearly framed in the context of colonial expansion by following the vicissitudes of those penal colonies that were veritable colonization outposts. According to Clare Anderson, convicts «were agents of imperial occupation and expansion and labour pioneers», and «all the global powers used them in order to settle and then push back national and imperial boundaries and borders»⁽⁵⁾. It has been highlighted that the nineteenth and twentieth centuries were

⁽²⁾ For the legal debate in Italy on the foundation of penal colonies, see Franca MELE, «Un nuovo cielo, una nuova terra». *Le discussioni sulla deportazione nel regno d'Italia dall'Unità al codice Zanardelli*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1995, 2, pp. 357-404.

⁽³⁾ See, among others, Mary GIBSON, *Born to crime: Cesare Lombroso and the origins of biological criminology*, London, 2002; EAD., *Italian Prisons in the Age of Positivism, 1861-1914*, New York, 2019; for a different approach to the history of criminal law culture in Italy which does not emphasize the centrality of penal positivism see Paul GARFINKEL, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge, 2016. On the features common to both the so-called Classic school and the Positive school, see the fundamental Mario SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, ed. by A. Schiavone, Rome-Bari, 1990, pp. 147-232.

⁽⁴⁾ See DI PASQUALE, *On the Edge of Penal Colonies*, cit.; Elena BACCHIN, *Colonie penali. Ingegneria sociale in territori stranieri*, presentation at Cantieri di Storia X, 19 September 2019.

⁽⁵⁾ *A Global History of Convicts and Penal Colonies*, ed. by Claire Anderson, London, 2018, p. 5.

a critical period for imperial governmentality, which underwent a reconfiguration also through penal deportation and the associated forced labor⁽⁶⁾. In this historiography, the topic of penal colonies is set against the backdrop of the colonial expansion and the culture of colonialism: a vision only marginally considered in the case of Italy, partly because the various projects of penal colonization, as in the German case, did not receive implementation⁽⁷⁾.

This article investigates the legal debate on colonial deportation as a chapter in the history of colonial culture by adopting an original approach to the sources. On the one hand, overseas penal colonies represent a phase in the 'birth of the prison' in European history: penal colonies preceded the foundation of correctional systems centered on detention in prison. They continued to co-exist with the modern penitentiary system into the twentieth century⁽⁸⁾. On the other hand, as Peter Redfield has argued, overseas penal colonies were nodes of geopolitical technologies of power that contributed to producing the regime of the empire, so that the imperial dimension seems inescapable⁽⁹⁾.

The expression 'penal colonization' carries different meanings that are intertwined: that of the colony as land (especially ultramarine land) to be occupied and cultivated (from the Latin word *colere*), and that of the colony as a place of rehabilitation for con-

⁽⁶⁾ Christian DE VITO, Clare ANDERSON, Ulbe BOSMA, *Introduction*, in *Transportation, Deportation and Exile: Perspectives from the Colonies in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Cambridge, 2019. See also David SCOTT, *Colonial Governmentality*, in «Social Text», 43 (1995), pp. 191-220.

⁽⁷⁾ See Warren ROSENBLUM, *Beyond the Prison Gates: Punishment and Welfare in Germany, 1850-1933*, Chapel Hill, 2008; H. SCHLOSSER, *Deportazione e colonie penali come mezzo per l'esecuzione della pena in Germania*, in *Le colonie penali nell'Europa dell'Ottocento*, ed. by Mario Da Passano, Rome, 2004, pp. 55-65.

⁽⁸⁾ Mary GIBSON, Ilaria POERIO, *Modern Europe, 1750-1950*, in *A Global history of Convicts and penal Colonies*, ed. by Clare Anderson, London-New York, 2018. On the birth of the centrality of imprisonment in the realm of penalties in the Italian eighteenth-century liberal culture, see Floriana COLAO, *Il «dolente regno dello pene»*. *Storie della varietà della idea fondamentale del giure punitivo tra Ottocento e Novecento*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2010, 1, pp. 129-156.

⁽⁹⁾ Peter REDFIELD, *Spaces in the Tropics: From Convicts to Rockets in French Guyana*, Berkeley, 2000.

victs through work and contact with nature⁽¹⁰⁾. Moreover, the word *colonia* can also indicate a group of *émigrés* from the same country. As Ann Laura Stoler has maintained, that of ‘colony’ is a «protean archive» which encompasses a wide range of historical experiences and moves across different scales⁽¹¹⁾. In this protean archive, speaking of colonies allowed the public discourse to connect the problems of the Italian migrants to colonial expansion. The latter represented a possibility for migrants to work on founding an Italian colony rather than being exploited by ruthless intermediaries or foreign enterprises. According to a large number of thinkers, the two topics were bound up with each other: many commentators maintained that founding colonies would create the conditions for a massive flow of Italian migrants to new lands where they could live under the protection of the Italian flag⁽¹²⁾. In this context, some observed that this flow of national migrants to the colonies should be preceded by penitentiary establishments where deportees would provide the colony with the infrastructures necessary for the birth of a free colony. However, the two options envisaged — the redirection of the migrant flow to a colony and the deportation of convicts overseas — had a fundamental feature in common: they were both state-directed operations that would bring Italian people to establish national sovereignty over overseas possessions.

For these reasons, the discourse on colonial deportation, although formally part of a strictly legal discussion, must be con-

⁽¹⁰⁾ Carlos PETIT, *Colonia*, in «Criterios», 2 (2009), pp. 21-27.

⁽¹¹⁾ Ann Laura STOLER, *Colony*, in «Political Concepts: a Critical Lexicon», 2011, 1, <http://www.politicalconcepts.org/issue1/colony/> (last visit 10/24/2019).

⁽¹²⁾ Daniele NATILI, *Un programma coloniale. La Società Geografica Italiana e le origini dell'espansione in Etiopia 1867-1884*, Rome, 2008; Angelo DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale*, Vol. 1, Milan, 2001, pp. 55-56; on the case of colonial emigration to Eritrea, see Romain RAINERO, *I primi tentativi di colonizzazione agricola e di popolamento dell'Eritrea*, Milan, 1960; Stephen BRUNER, *Leopoldo Franchetti and Italian Settlement in Eritrea: Emigration, Welfare Colonialism and the Southern Question*, in «European History Quarterly», 39 (2009), 1, pp. 71-94. On the general representation of Italian imperialism as an empire of work and migration, see Marco SANTORO, *Empire for the Poor*, in *Sociology & Empire*, ed. by George Steinmetz, Durham and London, 2013, pp. 106-165.

sidered in a context broader than criminal law. In other words, we have to enquire in what terms and to what extent the discussion on a topic per se strictly related to the world of legal theories received inputs and suggestions from the protean mass of colonial discourses.

The discourse on penal deportation tended to extend beyond the penal and penitentiary dimension. In fact, the state bodies engaged in the various colonial deportation projects, besides Parliament, were the Ministry of Grace and Justice, the Ministry of the Interior, which for the entire liberal age comprised the Division of Prisons, but also the Ministry of Foreign Affairs, wherein at the beginning of the 1870s a special Commission for the colonies dealt mainly with projects of penitentiary colonization as outposts of free colonies, the Ministry of the Navy, which provided information on explorations, and that of Agriculture, since the penal colonies — even those overseas — engaged in cultivation of the land. Therefore, colonial deportation was a topic inscribed within a broad context where the legal culture was intertwined first and foremost with the projects of colonial expansion and with the colonial culture. Not surprisingly, given these premises, the debate on penal deportation was carried forward by explorers, politicians, writers, experts on the penitentiary question, as well as jurists, and it paved the way for powerful suggestions that marked the development of colonial culture in Italy. All this helped the debate to acquire wide resonance.

This debate flourished immediately after national Unity. But it did not lead to the inclusion of colonial deportation in the new criminal code, not only because Italy did not possess any colony until the 1880s, as Mele put it ⁽¹³⁾, but because of the strong opposition by a group of particularly influential jurists. Nonetheless, the discussion was anything but meaningless. The analysis of diverse sources suggests that this debate can be understood only in light of penetration by colonial themes and suggestions.

⁽¹³⁾ MELE, «*Un nuovo cielo*», cit., p. 403.

2. *The debate on deportation at the origin of the Italian penal system.*

Italy started the search for a colony to which to deport convicts immediately after the proclamation of Unity. Various attempts were made to establish penal colonies through geographical explorations, such as that by the Ministry of Agriculture official Biagio Caranti, that by adventurer G. Emilio Cerruti, and captain Carlo Alberto Racchia. They examined the possibility of colonies on Asian islands, while the idea of Assab in the Horn of Africa was soon discarded due to its climatic conditions. Besides these attempts, mention should be made of diplomatic initiatives with Portugal aimed at obtaining establishments in Angola or Mozambique, which reportedly failed because Italy was not satisfied with a territorial concession but wanted to establish its full sovereignty⁽¹⁴⁾.

Until throughout the 1860s, the initiative seemed to be in the hands of colonial expansion promoters; that is, it did not come from the criminal legal debate. In a nutshell, for some time, the issue was «penal colonization» rather than «colonial deportation»: deportation penalty was envisaged as a means to begin colonial expansion. Despite the possible resistance of the liberal culture inherited from the *Risorgimento*, which claimed to be anti-imperialist⁽¹⁵⁾, in the newborn state, this was a possibility investigated immediately, even before completion of Italy's unification.

Even though initiatives were taken by the Ministries of Agriculture and Foreign Affairs with scant reference to the world of criminal law and penitentiary theories, in those years the legal cul-

⁽¹⁴⁾ Accounts of these attempts are provided in Giacomo GORRINI, *I primi tentativi e le prime ricerche di una colonia in Italia (1861-1882)*, in Attilio Brunialti, *Le colonie degli italiani*, Torino, 1897, pp. 521-545; COMITATO PER LA DOCUMENTAZIONE DELL'OPERA DELL'ITALIA IN AFRICA, *L'Italia in Africa. Esplorazioni*, Vol. II, Rome, 1955, pp. 28-76; Roberto BATTAGLIA, *La prima guerra d'Africa*, Torino, 1958, pp. 66-88.

⁽¹⁵⁾ See Maurizio ISABELLA, *Liberalism and Empires in the Mediterranean: the View-Point of the Risorgimento*, in *Risorgimento Revisited: Nationalism and Culture in Nineteenth-Century Italy*, ed. by Silvana Patriarca, Lucy Riall, New York, 2012, pp. 232-254.

ture did take deportation into consideration. The issue arose in correspondence with three different but interrelated problems.

First, the question of deportation attracted attention because it seemed a means to fight the post-unification social and criminal emergency represented by banditry. During the short parliamentary discussion on the so-called «Pica Law», which established the state of war in the South, Pasquale Stanislao Mancini, already well-known as an international lawyer founder of the modern doctrine of the ‘principle of nationality’⁽¹⁶⁾, besides fighting in general against the illiberal principles of that law⁽¹⁷⁾, intervened to delete the punishment of deportation from the original project. «Deportation is a punishment that should not enter the Italian penal system surreptitiously — so to speak — if the Parliament does not subject it to studies of earnest and mature reflection», he stated⁽¹⁸⁾. Awareness: the jurist of international fame underlined that the introduction of colonial deportation was a matter of no little importance and required a real legal debate. The law finally introduced the *domicilio coatto*, a police provision bound to become an instrument for the repression of political activism⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Ferdinando TREGGIARI, *Diritto nazionale e diritto della nazionalità: Pasquale Stanislao Mancini*, in *Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino*, ed. by Giorgio Baldioli, Napoli, 1991, pp. 273-297; Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Vol. 3: *La civiltà liberale*, Rome-Bari, 2001, pp. 211-213; Claudia STORTI, *Mancini Pasquale Stanislao*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, ed. by Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletti, Bologna, 2003, pp. 1244-1248; Luigi NUZZO, *Origini di una scienza: diritto internazionale e colonialismo nel 19° secolo*, Frankfurt am Main, 2012; Eloisa MURA, *All'ombra di Mancini. La disciplina internazionalistica in Italia ai suoi albori*, Pisa, 2017. On private international law aspects, see Erik JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini: il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Padova, 1988. A general profile of Mancini in *Per una rilettura di Mancini. Saggi sul diritto del Risorgimento*, ed. by Italo Birocchi, Pisa, 2018.

⁽¹⁷⁾ See, in particular, the vibrant speech of 11 January 1864 against the extension of the Pica Law, where he maintained that such a provision was a «scandalous reproduction of the old despotism of the Bourbons», in M.N. MILETTI, «Mio primo amore ed esercizio», in *Per una rilettura di Mancini*, cit., p. 342.

⁽¹⁸⁾ Quoted in Mario SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti*, Vol. I, Milan, 2009, p. 482.

⁽¹⁹⁾ See Ernesto DE CRISTOFARO, *Introduzione*, in *Il domicilio coatto. Ordine*

Second, from the 1960s onwards deportation gained consideration because of the advent of the ‘penitentiary question’, a litmus test that would indicate the distance of the new Italian state from the barbarous despotism of pre-unitary regimes, in particular that of the Bourbons in the South, which William Gladstone after visiting the prisons of Naples defined «the negation of God erected into a system of government»⁽²⁰⁾. Many Italian politicians and intellectuals who had participated in the *Risorgimento* were ashamed of the traditional systems of punishment and turned to penal reform⁽²¹⁾. The criminal emergency, indeed, brought about a penitentiary emergency, because the prisons and the various institutions of punishment (like the *bagni*) were inadequate in relation to the number of detainees. In a country where the crime rate was deemed to be the highest in Europe, jurists connected this datum with the structural weakness of the Italian state⁽²²⁾. Deportation could be an opportunity to solve this problem without further exhausting the already greatly depleted financial resources of the State.

Thirdly, and most importantly, there was the movement for abolition of the death penalty. In the first years after unity, what prevented unification of the kingdom’s criminal law was above all the question of the death penalty, which had been abolished in the Grand Duchy of Tuscany but not in the other pre-unitary

pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall’Unità alla Repubblica, ed. by E. De Cristofaro, Acireale-Rome, 2015, pp. 9-25; Daniela FOZZI, *Tra prevenzione e repressione. Il domicilio coatto nell’Italia liberale*, Sassari, 2011. On the short-lived colony of *domicilio coatto* established in Assab in 1898, see Marco LENCI, *Deportati in Eritrea: il caso Assab*, in *Il domicilio coatto*, cit., pp. 207-224. Deportation as a preventive security measure and not as a punishment is not taken into consideration here.

⁽²⁰⁾ For the use of the discourse on Italian prisons in the Italoophile British movement see Elena BACCHIN, *Italofilia: Opinione Pubblica Britannica e Risorgimento Italiano 1847-1864*, Turin, 2014.

⁽²¹⁾ See, for example, GIBSON, *Italian Prisons*, cit., pp. 7-11 and 41-66.

⁽²²⁾ On the influence of judicial statistics on the Italian penal debates, see GARFINKEL, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, cit., pp. 56-118. However, in the late 1880s, the *Rivista penale* edited by Luigi Lucchini, an outstanding expert on penal law, published articles that criticized the assumption of the progressive growth of the crime rate.

states. Allegedly, deportation could replace the death penalty as the apex of the penal scale in order to achieve agreement on a unified criminal code⁽²³⁾. As a consequence, colonial deportation was a fundamental issue from the beginning of the debate on criminal law in Italy.

In March 1865, the deputy Stefano Castagnola proposed replacing the death penalty with deportation. Castagnola maintained that deportation was the best means to fight brigandage and thought that the British experience was unsuccessful only because deportation was used for colonization and only minimally as an instrument of expiation. The rapporteur of the criminal code bill, a jurist of the caliber of Giuseppe Pisanelli, former Minister of Justice, the co-ordinator of large-scale legal studies of international comparison⁽²⁴⁾, stated that the issue was significant and should be considered carefully. However, the Senate rejected the proposal because its members, who were a direct expression of the Crown, did not accept abolition of the death penalty. Senator Giovanni de Foresta, rapporteur of the bill, wanted implementation of «the best system to achieve social tranquility without resorting to the death penalty» and therefore did not exclude overseas deportation. Nonetheless, he doubted that there was a real possibility to establish overseas penal colonies, given the high expenditure necessary for the purpose⁽²⁵⁾.

Owing to the disagreement between the chambers, in November 1865, the Minister of the Interior Giuseppe Natoli instituted a commission tasked with summarizing and completing the studies on the system's reform and the scale of penalties. Soon thereafter, the Minister of Justice Giovanni De Falco appointed a commission tasked with drafting a criminal code. The two commissions worked together and were both presided over by Pisanelli.

(23) MELE, «*Un nuovo cielo*», cit., p. 388; MARIO DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia (1859-1889)*, in «*Materiali per una storia della cultura giuridica*», XXII (1992), 2, pp. 341-397.

(24) See *Giuseppe Pisanelli: scienza del processo, cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, ed. by Cristina Vano, Naples, 2005.

(25) BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., p. 279.

At the first meeting of the first commission, in January 1866, the possibility of introducing deportation was the core of the debate, since De Falco acknowledged that much had been written on the topic and many observers deemed it «a penalty very useful in various respects, especially in the conditions of our kingdom»⁽²⁶⁾. In the following meeting it was specified that the commission should abolish the *bagni* along with the by-now unacceptable system of forced labor, and consequently «indicate whether this system could be replaced by deportation, not of the type implemented by the English with terrible consequences, but of a type that would be in harmony with today's civilization»⁽²⁷⁾. The introduction of deportation was the first point in the summary of the questions presented on 11 March 1866⁽²⁸⁾.

Vice-president of the commission was Federico Bellazzi, one of the politicians most committed to penitentiary reform⁽²⁹⁾. In December 1866, Bellazzi proposed the creation of a special penal establishment on an Italian island for criminals sentenced to life imprisonment, in view of the abolition of the death penalty. Such a project would strongly impact on the 22 million of Italians, working as a deterrent, and would have the advantage of «somewhat fostering current ideas favorable to deportation» without presenting the severe flaws of proper deportation as experienced by England and France⁽³⁰⁾. The commission worked on this penalty, which eventually received the title of «perpetual deportation to the *ergastolo*» on the proposal of the secretary of the commission Adolfo de Foresta⁽³¹⁾. In the meantime, from March 1866 Francesco Carrara and Enrico Pessina, two of the best-known experts on penal law, had become members of the second commission.

⁽²⁶⁾ Minutes no. 1 of the meeting of 18 January 1866, in *Il progetto del codice penale pel Regno d'Italia coi lavori preparatori per la sua compilazione raccolti ed ordinati sui documenti ufficiali*, Vol. I, Florence, 1870, p. 10.

⁽²⁷⁾ Minutes no. 2 of the meeting of 19 January 1866, *ibid.*, p. 17.

⁽²⁸⁾ Minutes no. 7 of the meeting of 11 March 1866, *ibid.*, p. 68.

⁽²⁹⁾ *Il progetto del codice penale pel Regno d'Italia*, cit., p. 11.

⁽³⁰⁾ Minutes no. 20 of the meeting of 20 December 1866, *ibid.*, pp. 153-154.

⁽³¹⁾ Minutes no. 22 of the meeting of 22 December 1866, *ibid.*, p. 160.

Carrara, born in 1805 in Tuscany, was a prestigious lawyer and had been professor at the University of Pisa since 1859. He was a passionate liberal, as he had fought for the unification of Italy since 1848. As an expert on penal law, he followed a natural law orientation⁽³²⁾. The Tuscan jurist opposed the so-called ‘correctionalist school’, which believed that the correction or ‘reform’ of the convict was the essential function of the penalty, because this current of thought was guilty of a sort of emotional seduction that confused the ascetic and Christian principle of offender’s redemption with «the political principle of legal protection»⁽³³⁾. The «unconscious movements of fear» must not influence the criminal code, as he wrote in 1860⁽³⁴⁾.

Pessina belonged to a different generation and environment, since he was born in 1828 in Naples. Like Carrara, he was an embodiment of the liberal jurist expressed by the triad of professor, lawyer, and member of Parliament⁽³⁵⁾. Furthermore, Pessina was also a passionate liberal, as he was convicted during the Bourbon repression after 1848. He wrote a large number of treatises on penal law whose main feature was their robust historical-philosophical structure⁽³⁶⁾. At the beginning of the new century, the Neapolitan jurist wrote an historical account of the birth of the 1889 criminal code that acknowledged the unique role played by Car-

(32) Francesco CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Vol. I, Lucca, 1867², p. 14. Different versions of the same sentence published in other editions of this work are often quoted in historiography. See also Aldo MAZZACANE, *Carrara, Francesco*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Vol. 20, 1977; Giovannangelo DE FRANCESCO, *Carrara, Francesco*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero — Diritto*, Rome, 2012; Floriana COLAO, *Francesco Carrara e il diritto penale liberale*, in «Democrazia e diritto», 1 (2012), 2, pp. 421-435.

(33) F. CARRARA, *Emenda del reo assunta come unico fondamento della pena*, in *Id., Opuscoli di diritto criminale*, Vol. I, Lucca, 1870², pp. 191-217.

(34) Quote in Floriana COLAO, *Le scuole penalistiche*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero — Diritto*, Rome, 2012, pp. 349-356.

(35) Aldo MAZZACANE, *Secolo dell’università — secolo delle professioni: le ragioni di un incontro*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell’età liberale*, ed. by Aldo Mazzacane and Cristina Vano, Napoli, 1994, p. 9.

(36) Marco Nicola MILETTI, *Pessina, Enrico*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Vol. 82, 2015.

rara as «head of the school», which the latter used to call the «Italian school» (and the positivists later dubbed the «Classic school») (37).

At the meeting of the commission of 25 March 1866, Carrara and Pessina agreed that the new criminal code had to establish «a scale of punishments in which the death penalty is not included». This declaration was unanimously approved, and the discussion on the deportation penalty immediately started (38). Pessina stated that both practical and scientific reasons opposed deportation. The British experience had had «disastrous consequences», so that reasons of humanity, prudence, and economy suggested not pursuing that experiment. After all, the fact that Italy did not possess either a colony or a remote island made the idea entirely unfeasible. At most — he affirmed — the Commission could consider ‘transportation’, which was not a penalty, but only a phase of another penalty (39). Other members agreed on this view, and the commission finally did not include deportation in the new scale of penalties. Carrara had not expressed his position, but it seemed that somehow his school had spoken (40).

From that moment on, the commission no longer worked on colonial deportation but on Bellazzi’s idea of life-long deportation (*deportazione all’ergastolo*) to penal colonies on Italian islands. In 1866 Bellazzi, who would commit suicide soon after, declared his total opposition to colonial deportation (41).

But, as said, the real legal debate had still not taken place. Only from the 1870s onwards did there develop the broad legal

(37) Enrico PESSINA, *Il diritto penale in Italia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, 2 Voll., Milan, 1906, p. VIII. See COLAO, *Le scuole penalistiche*, cit.

(38) Minutes of the meeting no. 17, 25 March 1866, in *Il progetto del codice penale pel Regno d’Italia*, cit., p. 126.

(39) *Ibid.*, pp. 126-127.

(40) On the complex relationship between the legal theories of Carrara and Pessina, see COLAO, *Le scuole penalistiche*, cit., and Vincenzo MAIELLO, *Pessina e la scuola classica*, in *Rileggere i maestri*, ed. by Mario Tedeschi, Aldo Mazzacane, Vol. 2, Co-senza, 2012, pp. 59-88.

(41) Federico BELLAZZI, *Prigioni e prigionieri nel Regno d’Italia*, Firenze, 1866. See Bruno DI PORTO, *Bellazzi, Federico*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Vol. 7, 1970.

debate that Mancini had urged: a juridical discussion in which jurists engaged as aware actors.

3. *The debate of the 1870s.*

During the 1870s, the debate on colonial deportation was very animated⁽⁴²⁾. The two persons most committed to colonial deportation were the judge Adolfo de Foresta and the adventurer Ceruti.

The judge, son of senator Giovanni, was firmly committed to defending his father's ideas on deportation. Former deputy attorney general at the Court of Appeal of Florence, since February 1866 he had been a member of the Commission tasked with compiling the new criminal code. At the end of the 1860s, de Foresta was involved in an obscure affair, when he charged the deputy of the Left Lobbia with the simulation of crime. Lobbia had denounced a scandal of political corruption and had been the victim of an ambush. On that occasion, de Foresta was contrasted by Mancini, who was Lobbia's lawyer and finally prevailed⁽⁴³⁾. Once Mancini became Minister of Grace and Justice, he would wreak some sort of vengeance against de Foresta by moving him to a secondary seat because — he stated — the judge had been part of an «infamous political-judicial trap»⁽⁴⁴⁾.

In 1872, de Foresta attended the International Penitentiary Congress of London. The Congress was the first international penal conference in world history and aimed at representing a groundbreaking meeting of professionals, state officials, penal reformers, and philanthropists providing insights into and critiques of the state penitentiary systems⁽⁴⁵⁾. Here, the judge brought the

(42) MELE, «*Un nuovo cielo*», cit., p. 368 ff.

(43) On the Lobbia case see MILETTI, «*Mio primo amore ed esercizio*», cit., pp. 347-348; A. ARISI ROTA, 1869: *il Risorgimento alla deriva. Affari e politica nel caso Lobbia*, Bologna, 2015. Lobbia died shortly after the end of the trial.

(44) ARISI ROTA, 1869, cit., p. 261.

(45) S.T. GÜLHAN, 1872 *London Congress and the Nineteenth Century Prison Reform Movement: An Inquiry into the Discourse of Punishment*, in «*Gaziantep University Journal of Social Sciences*», 16 (2017), 4, pp. 1148-1159.

matter of deportation back into play. He asserted that transportation, with compulsory labor to a colony as carried on in France, was the best punishment for severe criminals, because «it perfectly pursued the double object of all punishments, that is, the protection of society within the limits of justice, and the reformation or amendment of the convict». On the one hand, colonial deportation would protect the society «by casting out from its bosom the most dangerous criminals, avoiding the grave inconveniences of relapses, and deterring would-be criminals with the prospect of banishment from their country and family». On the other hand, it encouraged the convict «by giving him hope of becoming again useful to society and beginning a new life far from his old haunts, where he may bring his family, or, if he has none, may start a new one»⁽⁴⁶⁾. In short, deportation represented an ideal solution from all the viewpoints.

These interventions did not entail success in de Foresta's career as a reformer, as he was banned from attending international meetings and national commissions (it is easy to imagine the role of Mancini in this affair)⁽⁴⁷⁾. In fact, de Foresta's proposal aroused much criticism in the session devoted to deportation. The British liberal MP, George Woodyatt Hastings, former secretary of the Social Science Association, replied that the British had abolished the system of overseas deportation because it was of no use to their penal system. Besides, The Home Secretary Henry Bruce stated that deportation was unnecessary, given that, since it had ceased, the crime rate had declined⁽⁴⁸⁾.

In 1873 de Foresta made a vigorous defense of colonial deportation during the inaugural speech at the Court of Appeal of

⁽⁴⁶⁾ *Report on the International Penitentiary Congress of London, held July 3-13, 1872*, Washington, 1873, p. 154.

⁽⁴⁷⁾ As he wrote, he had to suffer — «I really do not know for what demerit» — «ostracism by new conferences and commissions»: Adolfo DE FORESTA, *La riforma penitenziaria. Né patibolo né carcere: lettera aperta del conte Adolfo de Foresta al comm. Martino Beltrami-Scalia, direttore generale delle carceri del Regno*, Bologna, 1880, p. 25.

⁽⁴⁸⁾ See *Report on the International Penitentiary Congress of London*, cit. See also Martino BELTRAMI SCALIA, *La deportazione*, Rome, 1874, pp. 25-26.

Ancona and in several articles published by the newspaper *L'Opinione* (49). In his view, those condemned to death should remain in the penal colony with a regime of perpetual separation; the others should live in a regime of separation for only 1/6 of the penalty, in the ordinary regime of the penal establishment under strict discipline for 3/6, and would be free on parole for the remaining 2/6; finally, the liberation on parole was to be denied to incorrigible criminals and in cases of misconduct.

The culmination of de Foresta's commitment to colonial deportation was a book on deportation published in 1876. He still conceived deportation as a *penalty* — thus applicable to the most serious crimes — but was also fascinated by the suggestion of using it also as an instrument for social hygiene, as Marchetti underlines (50). Indeed, according to the judge, deportation could be a public security provision replacing *domicilio coatto* (with a duration from three to ten years), and a penalty for all recidivists after the third crime, regardless of the seriousness of the offense (51). At the core of the idea was the widespread concern about the habitual criminals who populated the urban areas in particular, because recidivism was «a sort of incumbent threat that spreads to the whole social body» (52). De Foresta combined the stress on social fear with favor for a measure that would enhance Italy's power. Deportation could, at the same time, ensure social tranquility and encourage the beginning of colonial expansion. Moreover, he tried to address the fears of the impact that a colony of criminals would have on the indigenous people: so far, the natives had been taken into account too much because «I do not think it can be said that they suffer real damage». Instead, colonial deportation was an excellent tool to bring civilization to colonial peoples (53). However, further on, he was ruder (and more sincere):

(49) See BELTRANI SCALIA, *La deportazione*, cit., p. 11.

(50) P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia*, Ancona, 2008, pp. 117-118.

(51) A. DE FORESTA, *La deportazione*, Rome, 1872, pp. 176-178.

(52) MARCHETTI, *L'armata del crimine*, cit., p. 31.

(53) DE FORESTA, *La deportazione*, cit., p. 113.

It is a law, and I do not know whether a providential or a fatal one, that savages [...] must gradually disappear and leave their place to the European races and therefore it is not appropriate to worry too much about them, especially as it may very well happen that in the place chosen for deportation either there are no natives or they are so few and weak that they voluntarily retreat to another region⁽⁵⁴⁾.

At the following International Penitentiary Congress held in 1878 in Stockholm, de Foresta, now a prosecutor in Bologna, delivered a report in which he reiterated his idea. The transportation system, with an initial period of cellular segregation, the second period of obligatory work, and finally the conditional release, was the only one that could bring «tranquility and public security», making it possible to «get rid of recidivists, *camorra*, *mafia*, etc»⁽⁵⁵⁾. Also in this case, in the following discussion the prevailing opinion was contrary to deportation⁽⁵⁶⁾.

From the 1870s onwards, Cerruti, an adventurous explorer who had tried to acquire an island in the South Eastern Pacific to start Italian colonization, became the most active propagandist of the penal colonies. In 1872 he published a series of articles arguing for colonial expansion in the newspaper *La Gazzetta del Popolo* of Turin and a book that specifically sponsored the penal colonization project⁽⁵⁷⁾. Cerruti aimed at «making the colonial question familiar» — what he also did through the attractive description of the lands he had visited — because the colonies would have contributed both to the economic development of the nation and to improvement of the budget balance. His remarks were somewhat schematic⁽⁵⁸⁾: first, he described the utility of colonies for agricultural development; second, as regards industry, the colo-

⁽⁵⁴⁾ *Ibid.*, pp. 113-114; see Marco LENCI, *All'inferno e ritorno. Storie di deportati tra Italia ed Eritrea in epoca coloniale*, Pisa, 2004, pp. 81-82.

⁽⁵⁵⁾ *Le Congrès pénitentiaire international de Stockholm, 15-26 Août 1878. Comptes rendus des séances publiés sous la direction de la Commission pénitentiaire internationale par le Dr. Guillaume*, Stockholm, 1879, pp. 172-173.

⁽⁵⁶⁾ *Ibid.*, pp. 170-208; see MARCHETTI, *L'armata del crimine*, cit., p. 116.

⁽⁵⁷⁾ Emilio CERRUTI, *La questione delle colonie considerata per rapporto alle attuali condizioni dell'Italia*, Turin, 1872; *Id.*, *Della deportazione come base fondamentale della riforma carceraria e della colonizzazione italiana*, Turin, 1872.

⁽⁵⁸⁾ NATILI, *Un programma coloniale*, cit., p. 30.

nies would provide Italy with the raw materials necessary for its factories; third, these factors would increase trade and the navy. For these purposes, Cerruti maintained, the establishment of penal colonies could be useful: besides favoring the emptying of prisons, it would provide workers to carry out reclamation work and build the first colony. The explorer believed that it was a very natural process for a penal colony to become a free colony over time, even losing any penal element⁽⁵⁹⁾. What sharply differentiated his proposal from de Foresta's ideas was the conviction that deportation could in no way bring civilization to «semi-savage races»; therefore, it had to be implemented in unpopulated places⁽⁶⁰⁾. In an article published in *La Nuova Antologia*, the most prestigious forum of debate for the cultivated Italians of the time, he re-proposed the typical content and style of pro-colonial thinkers' writings. After several centuries of «miserable municipal competitions, feudal tyranny, and foreign oppression», Italy, rebuilt as a great and strong nation, «regained an honorable place in the Congress of the nations of Europe» thanks to the «heroic sacrifices of the previous generation»⁽⁶¹⁾. Nevertheless, the rebuilt nation suffered from remarkable problems, such as financial difficulties, the need for infrastructures, reform of the penitentiary system, etc., which all could find solution in the «immediate creation of well-organized colonies»⁽⁶²⁾. The model he had in mind was British Australia, which he had visited during his commercial travels: it was opportune that Italy founded a colony *ad usum Australiae*⁽⁶³⁾. Cerruti's rhetoric mixed the classic *topoi* of colonial propaganda with the penitentiary question: in the colony, «the exuberant vitality of

⁽⁵⁹⁾ CERRUTI, *Della deportazione come base fondamentale delle riforme carcerarie e della colonizzazione italiana*, cit., p. 59.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem.* GIBSON, *Italian prisons*, cit., p. 199, stresses further reasons of disagreement regarding the methods of imprisonment to be adopted, as Cerruti supported the Pennsylvania model, which de Foresta called a «barbaric American invention».

⁽⁶¹⁾ Emilio CERRUTI, *Le colonie penali e le colonie libere*, in «Nuova Antologia di scienze, lettere ed arti», 23 (1873), 7, p. 673.

⁽⁶²⁾ *Ibid.*, p. 674.

⁽⁶³⁾ *Ibid.*, p. 675. For a defense of British overseas deportation, despite the widespread criticisms it received, see pp. 716-717.

the nation » could find a useful application and « the overflowing population of the prisons a safe haven ». The penal colony would provide the labor necessary to build the infrastructures to make the settlement ready to welcome a free population. Therefore, penal colonization, besides responding to the needs of the penitentiary system, was functional to colonial expansion. Colonies were indispensable for both the development of the Italian economy and emigration. Cerruti's observations were less legal and more political and economic because they mirrored some of the classic assertions of colonial thought, for which the point of reference was the liberal economist Gerolamo Boccardo⁽⁶⁴⁾.

Not surprisingly, Cerruti's ideas were taken up by Leone Carpi. A scholar of emigration who provided the first Italian statistics on emigration drawn from official data, Carpi was one of the most intense supporters of colonial expansion⁽⁶⁵⁾. He was so in line with a broader discourse on emigration which presented colonization as the possibility to redirect the flow of national migrants to lands under Italian sovereignty. Carpi believed that penal colonies were useful as outposts for the formation of free colonies and devoted ample space to the explorer's writings in his voluminous studies⁽⁶⁶⁾.

Nor was Carpi a jurist, but he engaged with the legal doctrine by asserting that « the theories on crime and penalties do not suffer damage from deportation »⁽⁶⁷⁾. He sought to refute the most widespread arguments against deportation, especially the humanitarian ones, with the support of numerous legal opinions gathered from jurists in half of Europe. He was certain that the creation of

⁽⁶⁴⁾ Gerolamo BOCCARDO, *Le colonie e l'Italia: sei lezioni*, Turin, 1864. On the model of liberal colonialism, see Giulio ABBATE, *Modelli di colonizzazione. Il dibattito in Italia dal 1864 al 1890*, in « Le Carte e la Storia », 1 (2013), pp. 91-110.

⁽⁶⁵⁾ Raffaele ROMANELLI, *Carpi, Leone*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Vol. 20, 1977; Dora MARUCCO, *Le statistiche dell'emigrazione italiana*, in *Storia dell'emigrazione italiana*, Rome, 2001, p. 62.

⁽⁶⁶⁾ Leone CARPI, *Delle colonie e dell'emigrazione d'italiani all'estero sotto l'aspetto dell'industria, commercio ed agricoltura*, Vol. 3, Milan, 1874, pp. 475-545. See NATILI, *Un programma coloniale*, cit., p. 32.

⁽⁶⁷⁾ CARPI, *Delle colonie*, cit., p. 6.

colonial penitentiaries could constitute the first step in the creation of future free colonies. Humanitarian intellectuals should consider that «bringing the light of civilization to savages even through the deportation of delinquents» was a sign of progress because, without this exceptional means, those «hordes» would remain permanently in a state of brutality and ferocious desolation⁽⁶⁸⁾. Deportation was a vehicle of wealth, progress, and civilization, as the cases of British Australia and French Caledonia demonstrated⁽⁶⁹⁾. Furthermore, it was particularly suitable for Italy, which lacked some factors essential for starting a colonial enterprise such as capital and industrial production in search of new markets, and could find in its social problems the inner motivation to start overseas expansion:

the excruciating phenomenon [...] of emigration, the condition of our lower classes, the painful spectacle of our convicts, of recidivists, of those freed from their prisons, and of the many slackers who infest our neighborhoods, and whom, following the example of England, one could very cautiously transform into productive men and elements of wealth and strength for our homeland⁽⁷⁰⁾.

Carpi was not at all alone in linking the discourse on penal colonies to the problem of recidivism. Since the prison was ever more represented (with some reason) as a place in which convicts learned to hate society and the state rather than a place of rehabilitation, and then produced recidivists⁽⁷¹⁾, some intellectuals indicated penal colonization as a valid alternative. In particular, the topic of «habitual and triumphant crime» would burst into the pe-

⁽⁶⁸⁾ *Ibid.*, p. 9.

⁽⁶⁹⁾ *Ibid.*, p. 32 ff.

⁽⁷⁰⁾ *Ibid.*, pp. 38-39.

⁽⁷¹⁾ The curious invention of the prison, as Foucault called it, i.e. the construction of prison-centered penal systems, was a device whose enormous flaws were after all very well known and criticized. Overall, intellectuals maintained that the prison brought about the creation of a community of criminals who became increasingly united against the state and were bound to reinforce their criminal attitudes after their liberation. See Michel FOUCAULT, *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, Milan, 2016, p. 267.

nal discourse thanks to *The Criminal Man* by Cesare Lombroso⁽⁷²⁾.

4. «*The name of some men is enough*»: *Beltrani Scalia and the jurists' opinion*.

Martino Beltrani Scalia was the main opponent of deportation and conducted a fierce polemic in particular against Cerruti. Unlike the latter, quite ignorant of legal arguments, Beltrani Scalia, a Sicilian patriot who had fought for the annexation of the South to Italy, was probably the outstanding expert on the Italian penitentiary system. He was the General Supervisor of the prisons of the Kingdom from 1864, and in 1876 he became the General Director of prisons. In the meantime, in 1871, he had founded a journal devoted to the study of penitentiary systems, the *Rivista di discipline carcerarie in relazione con l'antropologia, col diritto penale, con la statistica*⁽⁷³⁾. In 1874 he published a booklet aimed at fighting the proposal of deportation. Here Beltrani Scalia refuted the proposal of introducing the overseas deportation penalty by showing a remarkable knowledge of the historical precedents in the French and British colonies. He addressed the problem from three standpoints. First, «whatever the principles upon which the right to punish is based», deportation did not fulfill the requirements that the most eminent penal lawyers held necessary for the punishment. Indeed, the penalty did not work as an effective deterrent, since many prison inmates asked for deportation; it was not a moral punishment, for it entailed distance from family and fatherland; it was unequal, as the troubles it could cause had different intensities for different people; it was not exemplary since its execution took place far away and was not visible to citizens. Finally, overseas deportation was unjust, because whilst it seemed to

⁽⁷²⁾ COLAO, *Il «dolente regno delle pene»*, cit., p. 144.

⁽⁷³⁾ On the significance of this journal see Francesco ROTONDO, *Il tentativo di medicalizzazione della penalità in Italia sul finire del secolo XIX*, PhD Thesis, Università degli Studi di Napoli Federico II, Naples, 2004-2005, p. 9; GIBSON, *Italian Prisons*, cit., p. 71 ff.

achieve the goal of social defense by expelling dangerous people from society, to be fair, this fact should not entail moving criminals to places where other people lived. «If the distant land was not at all isolated from every civil society», Beltrani Scalia wrote, «we believe that obliging other people, whoever they may be, to welcome the scum of our galleys would violate the law of nations»⁽⁷⁴⁾.

In support of these ideas, Beltrani Scalia cited numerous historical examples showing that the much-praised experiences of the British in Australia and of the French in Guyana and New Caledonia had, in reality, been very harsh. Some fifteen years before Beltrani Scalia, the jurist Gerolamo Boccardo had likewise refuted on historical grounds the idyllic representation of the experiences of the French and British⁽⁷⁵⁾. According to the Sicilian civil servant, even politicians and magistrates who supported deportation had to admit that history evidenced many inconveniences and errors in regard to that procedure. In the middle of the century, numerous protests were raised in Australia against deportation, and despite pronouncement in favor by two parliamentary committees, the government, «which better than anyone else could calmly assess the state of affairs», decided to halt it. A new commission established in 1863 had decided to downsize deportation, which became a «penal complement» for convicts with the best conduct who had already served most of their sentences. Once again, however, the government took the initiative by deciding to stop deportation forever from 1868. Also the French case was much less idyllic than the propagandists of penal colonization asserted. In his historical *excursus*, Beltrani Scalia underlined that despite repeated attempts over time to establish penal colonies, also with the aim of favoring French colonization overseas (as Louis Napoleon Bonaparte had explicitly stated in November 1850), the deportation plans always encountered remarkable difficulties and ended in failure. Deportation to Guyana, which had been represented as ideal

⁽⁷⁴⁾ BELTRANI SCALIA, *La deportazione*, cit., pp. 31, 34.

⁽⁷⁵⁾ Gerolamo BOCCARDO, *Dizionario della economia politica e del commercio*, Vol. II, Torino, 1858, pp. 21-24.

because of its climate and geography, was impossible and ended after only ten years, which demonstrated the project's failure. After all, «if England, which did not lack the means to maintain it» had to renounce and abolish deportation, and France, «after having lavished treasures and sacrificed hundreds of lives in the implementation of the project», had to confess that it had been a mistake, how could Italy invoke these examples as a guarantee of such a risky enterprise? ⁽⁷⁶⁾

In general, Beltrani Scalia insisted on the social problems that deportation caused to the colonial societies and minimized the examples of good integration of former convicts into Australian society that Cerruti had presented. In his words, Cerruti had a «smart mind» and «uncommon persistence», but he had very confused ideas and limited knowledge of the existing penitentiary system, which was the target of his irony in several points ⁽⁷⁷⁾. Furthermore, he criticized the proposal by de Foresta because it served «an eminently repressive purpose» ⁽⁷⁸⁾.

Most interestingly, the Sicilian civil servant reported in the appendix of his book the opinion of some Italian and foreign jurists. His aim was to direct the discussion back to the legal field and distance it from the mere political agenda. He was aware that jurists' opinions on the subject had a different specific weight, given that the overall discussion revolved around a particular kind of penalty. As he wrote to Mancini, who at that time was a deputy:

I have prepared my work on deportation, but publishing the letters of several eminent Italian and foreign professors of criminal law [...] I believe that I would fail in my duties if I deprived the readers of your opinion about the morality and usefulness of that penalty.

Therefore, have the kindness of writing me a line on this subject, the authority of your name is enough for me, and I will be grateful to you ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁶⁾ BELTRANI SCALIA, *La deportazione*, cit., pp. 28-29.

⁽⁷⁷⁾ *Ibid.*, p. 12 ff.

⁽⁷⁸⁾ *Ibid.*, pp. 11-12.

⁽⁷⁹⁾ Letter from Beltrani Scalia to Mancini, 14 March 1874, in Museo centrale del Risorgimento di Roma (Mccr), doc. 759-1(13).

Also in a subsequent reminder letter written to Mancini, Beltrani Scalia stressed that what he needed was not a long disquisition («Holtzendorff, Röder, Thonissen, Hornung wrote me less than a page each», he reassured the jurist), but the authority of the name: «I repeat, the name of some men is enough, and I hope you will not deprive me of the authority of yours»⁽⁸⁰⁾. In this way, the General Supervisor of prisons somehow succeeded in moving the discussion from penal colonization to colonial deportation.

Among the jurists cited by Beltrani Scalia, only two were supporters of overseas deportation: the priest Antonio Buccellati, who restricted the possibility only to incorrigible criminals⁽⁸¹⁾, and the liberal catholic Tancredi Canonico. In particular, Canonico had elsewhere highlighted the 'colonial connection' and encouraged Cerruti to pursue his mission, which was functional to «the growing expansion of Italy»⁽⁸²⁾. Mancini, Paolo Tolomei and Gerolamo Boccardo argued against deportation on strictly legal bases, maintaining that it lacked some elements essential for it to become a penalty⁽⁸³⁾. An intermediate position was expressed by Pessina and Pietro Ellero, who contended that at most Italy could begin an experiment undertaken on exceptional and transitory bases.

More unanimous were the opinions of the foreign jurists whom Beltrani Scalia interrogated: the Swedish professor of Roman Law Knut Olivecrona, Meinardus Siderius Pols, a lawyer at The Hague and future professor of criminal law, the Catalan jur-

⁽⁸⁰⁾ Letter from Beltrani Scalia to Mancini, 26 March 1874, in Mcrr, doc. 759-1(14).

⁽⁸¹⁾ Letter from Buccellati to Beltrani Scalia, 12 February 1874, in BELTRANI SCALIA, *La deportazione*, cit., pp. 116-119.

⁽⁸²⁾ Letter from Canonico to Cerruti, 19 September 1873, in Emilio CERRUTI, *In difesa della deportazione: memoria per confutare le critiche del cav. Beltrami-Scalia e dell'avv. D. Giuriati*, Milano, 1874, pp. 86-87.

⁽⁸³⁾ Letter from Mancini to Beltrani Scalia, 31 March 1874, in BELTRANI SCALIA, *La deportazione*, cit., p. 125; letter from Tolomei to Beltrani Scalia, 19 January 1874, *ibid.*, p. 115; letter from Boccardo to Beltrani Scalia, 15 February 1874, *ibid.*, pp. 119-120.

ist Pere Armengol i Cornet, specialized in studies on the prison system, Franz von Holtzendorff, professor of law in Munich with particular expertise in criminal and international law, Jean-Joseph Thonissen, professor of criminal law at the Catholic University of Leuven and deputy at the Belgian Parliament, and Karl David August Röder, professor of law at Heidelberg. For the Netherlands, both Röder⁽⁸⁴⁾ and Pols⁽⁸⁵⁾ stated that the majority of Dutch jurists were against deportation, and the country had already abandoned this practice, while Grevelink explained that, even though it was established by the Napoleonic code still in force, deportation was «no longer a reality». After all, the experience had proved that deportees «pass away, despite all possible precautions, in a more or less short time»⁽⁸⁶⁾. Also in Sweden no jurist supported it, Olivecrona certified⁽⁸⁷⁾, nor in Denmark, where the penalty had never been applied, according to Bruün⁽⁸⁸⁾. The confinement had been rarely applied in Spain and only to political criminals, and the jurists unanimously condemned this practice, according to Armengol i Cornet⁽⁸⁹⁾. Thonissen stressed several legal reasons for opposing such a penalty and showed that the British experience was negative. Also the French would soon abandon that practice. The picture emerging from these interventions unequivocally described an entire Europe on the way to withdrawing permanently from the use of deportation.

In sum, the vast majority of the jurists whom Beltrani Scalia consulted were opposed to overseas deportation. Thanks to his work, the conviction that the most celebrated jurists, in Italy and abroad, were all against deportation spread in the Italian Parliament⁽⁹⁰⁾. Beltrani Scalia played the role of a powerful organizer

⁽⁸⁴⁾ Letter from Röder to Beltrani Scalia, 30 December 1873, *ibid.*, p. 107.

⁽⁸⁵⁾ Letter from Pols to Beltrani Scalia, 4 February 1874, *ibid.*, pp. 92-99.

⁽⁸⁶⁾ Letter from Grevelink to Beltrani Scalia, 14 January 1874, *ibid.*, pp. 90-92.

⁽⁸⁷⁾ Letter from Olivecrona to Beltrani Scalia, 8 January 1874, *ibid.*, pp. 89-90.

⁽⁸⁸⁾ Letter from Bruün to Beltrani Scalia, 27 February 1874, *ibid.*, p. 79.

⁽⁸⁹⁾ Letter from Armengol i Cornet to Beltrani Scalia, 16 March 1874, *ibid.*, pp. 99-100.

⁽⁹⁰⁾ See MELE, «*Un nuovo cielo*», cit., pp. 399-400.

of culture (especially through the *Rivista di discipline carcerarie*) and built a network of jurists taking part in the public intellectual debate on deportation with all their specific weight. Indeed, as he wrote, penal deportation was a matter of «legal principles», and then it was necessary to listen to the opinions of the jurists⁽⁹¹⁾.

The authority of their names would be the key to success in that intellectual conflict.

5. *Between penal utopia and positivist culture.*

It was a literary success to awaken broader public opinion. In 1874 the writer Carlo Dossi, who belonged to Crispi's intellectual milieu and would later suggest to Crispi the name of 'Eritrea' for the first Italian colony, published the book *La colonia felice*⁽⁹²⁾ [*The happy colony*]. This was a 'legal novel', also termed a 'militant novel'⁽⁹³⁾, imbued with philanthropic ideals on the reform of criminals. Gualdo, the main character, was a convict deported to an overseas penal colony, where he could start a new life by abandoning his initial hostility toward another deportee, the sage Aronne, called 'the Literatus'. The peaceful society eventually born in the colony represented the ransom for his previous criminal life as well as the victory of civilization and culture — the Literatus finally led Gualdo to wisdom — over the savage state of nature. Despite its general humanitarian tension, the novel employed a sort of linguistic deformation to describe the deportees in terms of bestiality, for which the work has been considered close to the nascent positivist language⁽⁹⁴⁾.

Dossi had to disavow the ideal expressed in the novel at the time of the success of Lombroso's theories on the criminal individual. In effect, only two years later, the physician Lombroso pub-

(91) BELTRANI SCALIA, *La deportazione*, cit., p. 35.

(92) CARLO DOSSI, *La colonia felice: utopia*, Milan, 1874.

(93) ALESSIO BERRÈ, *Alle origini del «romanzo giudiziario» italiano: la figura del delinquente tra letteratura, diritto e scienze mediche*, PhD Thesis, Bologna, 2014, p. 303.

(94) FRANCESCO LIOCE, *Dalla colonia felice alla «colonia Eritrea». Cultura e ideologia in Carlo Dossi*, Napoli, 2014, p. 41.

lished his seminal work on the criminal man that soon became a fundamental basis for the new criminology well beyond Italy's borders. As known, Lombroso shifted the focus from the crime to the criminal and consequently envisaged a repressive system based upon the assessment of social dangerousness. The central principle of the Positive school (*Scuola positiva*) that originated from his ideas was to apply a naturalistic method to criminal law, to finally overcome the vision of those traditionalist jurists who believed in «divine and eternal justice»⁽⁹⁵⁾. Lombroso and the Positive school maintained that criminal law had to conform with the results of criminal anthropology and called for more severe penalties, including the death penalty, which was by now repudiated by the prevalent opinion⁽⁹⁶⁾. Criminals represented the presence of atavism in modern society, and criminal law had to provide the therapy⁽⁹⁷⁾. Whether the general aim was the prevention of crime or the elimination of criminals from the society, some positivists took overseas deportation into consideration because it seemed to respond to the demand for social security by granting the expulsion of criminals from society. In reality, Lombroso was skeptical about deportation's benefits: it was his method, 'scientific' because it was based upon neutral observation of natural phenomena (and crime was one of them), that led him in this direction:

many have been confident about the usefulness of deportation, which, by freeing a country from bad individuals, would favor the rehabilitation of the criminals in distant establishments. But such hopes have vanished after the verification of the infamies and the moral and material disorders into which these groups of criminals fall in New Wales and in Caledonia, where no one has ever come out improved⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁵⁾ Cesare LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Turin, 1880, p. 4.

⁽⁹⁶⁾ Guido NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in *Il mondo contemporaneo. Storia d'Italia*, ed. by Fabio Levi, Umberto Levra and Nicola Tranfaglia, Vol. 2, Florence, 1978, pp. 584-607; SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 194-212; GIBSON, *Born to crime*, cit.

⁽⁹⁷⁾ COSTA, *Civitas*, cit., pp. 444-446.

⁽⁹⁸⁾ LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, cit., p. 305. Lombroso meant to speak of New South Wales.

The countries in which deportation took place were barbarized by the presence of these undesired guests, as the crime rate of New South Wales compared with that of England demonstrated. The explanation was simple: «the convicts do not work, and, therefore, to live, they must resort to crimes, which double in number»⁽⁹⁹⁾. Furthermore, their countries of origin did not gain many benefits because the possibility of leaving for an exotic destination aroused desire rather than fear. Finally, deportation overseas was very expensive, as also Antonio Starabba di Rudinì and Giuseppe Zanardelli later stated⁽¹⁰⁰⁾.

Immediately after the first edition of *The Criminal Man*, on 10 July 1876, Dossi wrote a letter to Lombroso in which he admitted that his novel had professed an ingenuous trust in the healing of criminals: it had been an error because Lombroso had made the horrific diagnosis that human perversity was incurable⁽¹⁰¹⁾. Admittedly, his penal utopia had to be questioned. Lombroso himself in the second edition of the book explicitly criticized Dossi's novel on the question of the validity of the deportation⁽¹⁰²⁾.

Nonetheless, the novel continued to foster the legal and political debate dealing with both the model of Italian colonialism and the penal scale, and despite Lombroso's position most of the jurists of the Positive school adhered to the «scientific party of deportation»⁽¹⁰³⁾. A couple of years after the formal acquisition of Assab Bay by Italy, the lawyer and journalist Alessandro Lioy gave a lecture at the Società Africana d'Italia that was also the product of suggestions from Dossi's book:

in one of those moments when thought runs to the most disparate things, I passed from reading [...] *La colonia felice, utopia lirica di Carlo Dossi*, to a newspaper, where I read that the government considers undertaking work in the dock of Assab as soon as possible. Thus, my mind went to that Italian colony, which [...] remains in the limbo of great things that are still to begin!⁽¹⁰⁴⁾

⁽⁹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁰⁾ MELE, «*Un nuovo cielo*», cit., p. 400.

⁽¹⁰¹⁾ LIOCE, *Dalla colonia felice alla «colonia Eritrea»*, cit., p. 42.

⁽¹⁰²⁾ BERRÈ, *Alle origini del «romanzo giudiziario» italiano*, cit., pp. 311-312.

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*, p. 312.

⁽¹⁰⁴⁾ Alessandro LIOY, *Colonia penitenziaria ad Assab*, Naples, 1884, p. 3.

The audience reportedly applauded the lecture, which recalled that the story of Gualdo, «the murderer turned into an honest worker thanks to isolation, the colony, the family», represented «the prototype of penitentiary science»⁽¹⁰⁵⁾. So Lioy thought: why not unite the political commitment to the new colony of Assab — officially under Italian sovereignty since 1882 — with the amount of benefits coming from the establishment of a penal colony? In short, why not found a penal ‘colony’ in the first ‘colony’? Establishing penal colonies, indeed, would have been the real reform that the Italian penitentiary system needed: the state of idleness and the terrible conditions in which Italian inmates often lived represented «the grave of human beings whom society has forever rejected from its bosom»⁽¹⁰⁶⁾. After all, French New Caledonia and British Australia were glaring examples of the possible outcome of an Italian penitentiary in the Horn of Africa⁽¹⁰⁷⁾. In Lioy’s words, deportation was the opportunity to build a new ideal society: he followed the description of the French rapporteurs on New Caledonia, to which the rioters of *la Commune de Paris* had been deported:

[in Noumea] people have fun, have lunch together, spend the evenings together in each other’s homes, dance in the governor’s house; there are beautiful little fashionable women; makeups arrive from France in six weeks across half of the globe. People are served by the deportees who have better conduct: in the morning they leave from the penitentiary, and return there in the evening; they get ten francs per month; they are called *les garçons de famille*; some of them are good guys⁽¹⁰⁸⁾.

These suggestions were partly based upon the *Souvenir de la Nouvelle Calédonie* by Henry Rivière, who was a man of letters and officer of the French navy, the protagonist of the conquest of Tonkin, first published in 1881⁽¹⁰⁹⁾, and upon the writings on New Caledonia by the explorer and colonial officer Charles Le-

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, p. 4.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*, p. 21.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pp. 7-13.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.*, p. 8.

⁽¹⁰⁹⁾ Henry RIVIÈRE, *Souvenir de la Nouvelle Calédonie*, Paris, 1881.

mire⁽¹¹⁰⁾. The core of Lemire's book was description of the great Kanak rebellion of 1878, in whose repression the convicts were involved. Rivière had concluded that there was no specific reason for the revolt, but only a general one: «the great cause of insurrection, one might say the only one, is the antagonism that we have always seen, between the conquerors and the conquered». As a consequence, the black races had to be absorbed or disappear, because «they differ too much from the white race for their instinctive mores which have never progressed, an invincible reluctance to work, their complete indifference to a civilization whose benefits they cannot appreciate because they do not need them»⁽¹¹¹⁾. Lioy did not use such racist statements, which did not match the humanitarian tone of his discourse; rather, he emphasized the great success of having a revolt repressed by former criminals: what better demonstration of the reform of convicts through deportation? «In the army of soldiers and sailors, who for ten months had to fight against the insurrection, people condemned for the Paris Commune took an energetic part. Anarchy at the service of order!»⁽¹¹²⁾

The French experience with deportation to New Caledonia played here a role opposite to that performed in the theories of Lombroso. Only four years later, the French example was cited in the Chamber to refute the validity of deportation. The Minister of Grace and Justice Zanardelli explained that the punishment did not work at all, because in France some convicts committed new crimes in order to be deported:

the most dangerous evildoers desire it in preference to establishments of punishment so that they commit new crimes [...] to be deported. [...] And indeed, the outdoor life, the distant land, arise in the imaginations of these people, who, among the attractions of the unknown, are surrounded by hopes and seductions⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Charles LEMIRE, *La colonisation française en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Paris, 1877.

⁽¹¹¹⁾ RIVIÈRE, *Souvenir de la Nouvelle Calédonie*, cit., p. 281.

⁽¹¹²⁾ LIOY, *Colonia penitenziaria ad Assab*, cit., p. 10.

⁽¹¹³⁾ G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Vol. 2, Torino, 1891, p. 162 (session of 15 November 1888).

In 1888, also Nocito, a deputy since 1876, blamed the French use of deportation. In the French penal colonies, deportees' lives had been tragic: «execution by mutilation or dismemberment, as practiced by barbarians: it is death by cannibalism, as happened to some French deportees in New Caledonia who fell into the Kanaks' hands»⁽¹¹⁴⁾.

Instead, in that same year, senator Tullo Massarani once again referred to Dossi's novel when arguing to support overseas deportation. Dossi, «a man whose determination earned him a place in the President of the Cabinet's inner circle», had described the penal colony as a place where convicts could abandon the fight against each other and start a new fight against themselves, e.g., the battle for personal improvement (and, thus, for civilization)⁽¹¹⁵⁾.

The most comprehensive catalog of styles and keywords of the utopian discourse on punishment and in particular on deportation is undoubtedly set out in the booklet on the prison issue written by Adolfo de Foresta in 1880. The occasion of the writing was publication of the study by Beltrani Scalia on prison reform, which, in presenting empirical data and the history of different systems with the usual expertise, had reiterated the author's aversion to deportation⁽¹¹⁶⁾. De Foresta's defense of deportation was expressed in utopian prose, starting from the suggestive title *Neither scaffold nor prison*, and the choice of terms such as «regeneration», instead of the classic «reform»⁽¹¹⁷⁾. He envisaged not an improvement of the prison system, but a radical change which would lead to abolition not only of the death penalty but also of imprisonment itself: «this invention, I state, will disappear over time, like slavery, torture, and inquisition have disappeared,

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 148 (session of 2 June 1888).

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 159 (session of 8 November 1888). The quote was from DOSSI, *La colonia felice*, cit., pp. 14-15.

⁽¹¹⁶⁾ Martino BELTRANI SCALIA, *La riforma penitenziaria in Italia: studi e proposte*, Rome, 1879.

⁽¹¹⁷⁾ DE FORESTA, *La riforma penitenziaria. Né patibolo né carcere*, cit., p. 63, where it is made clear that along with the convict it was Italy itself that needed to be regenerated.

like the scaffold will disappear»⁽¹¹⁸⁾. De Foresta presented a plan that was even cheap: it was not necessary to allocate numerous guardians to the penitentiary colonies because «the convicts should be governed by moral authority, by the awe of superiors and the sense of their own personal interest rather than force»⁽¹¹⁹⁾. This utopian discourse did not preclude realistic considerations on the dramatic increase of the Italian crime rate or the poor conditions of prisons and *bagni*. Above all, it did not preclude emphasis on the fact that deportation was consonant with the legitimate aspirations for social defense because, in regard to the most severe crimes, the only possible weapon was «the total and definitive expulsion from the social body that suffered from the offense»⁽¹²⁰⁾.

Significantly, the final part of the booklet was not devoted to the penitentiary question as such but to Italy's colonial project. The most criminal delinquents, once transported to a distant land, would be «purified by work and distance» and would form over time a «new Italian homeland» which would constitute an «honor of the metropole» like Australia for England⁽¹²¹⁾. Very explicitly, the creation of a penitentiary colony would constitute the beginning of a larger colonial enterprise:

The colony abroad will give us credit and influence, will provide us with the basis to establish [...] other free colonies, where our emigration will be directed for the benefit of the country, and the Italian flag and name will not be reduced to the present sad condition of not having across the globe, beyond the borders of the country, any sovereign possessions⁽¹²²⁾.

The absence of colonies would have blocked the expansionary force of the only authentic «Latin race» and de Foresta expressed his heartfelt concern for Italy, which risked «remaining limited to

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 16.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*, pp. 43-44.

⁽¹²⁰⁾ *Ibid.*, p. 22 (removal from society), 23 («healthy terror»), (to get rid from «the major riotous and recidivist ones») et alt.

⁽¹²¹⁾ *Ibid.*, p. 57.

⁽¹²²⁾ *Ibid.*, p. 58.

the strip of classic land that constitutes it, and our sturdy and gracious race [...] will not expand elsewhere»⁽¹²³⁾.

In short, the discourse shifted from the penitentiary field to the colonial one. Also racial considerations were involved, as when de Foresta worried that the Italian immigrants in South America, who forcibly lived under another flag, would gradually disperse their race into the Spanish one. In the end, the author seemed to invert the means and the end: «the only means» to help the government establish a transoceanic colony was «that of a penitentiary establishment»⁽¹²⁴⁾.

6. *Conclusions: regeneration and conquest.*

The criminal code of 1889 — the expression of «a society in which repressive conceptions in criminal matters were progressively being mitigated in harmony with humanitarian principles» and the postulates of liberal constitutionalism⁽¹²⁵⁾, «monument to liberty in Italy that was so scantily liberal»⁽¹²⁶⁾ — did not eventually foresee deportation. Nonetheless, from the 1870s onwards, the proposal to found overseas penal colonies had animated a broad public debate. Italian jurists were involved in a discussion that concerned the function of the penalty but ended up becoming a chapter of a much different problem, i.e., the usefulness of colonialism. For this reason, since the beginning, colonial deportation was on the lips of colonial expansion's propagandists, who had little to do with jurisprudence and theories on prisoners' correction but succeeded in becoming interlocutors of jurists. In the controversy that opposed Beltrani Scalia to Cerruti, there was the former's fight to remain within a discourse on legal principles and penitentiary problems, not accepting its subjugation to other questions, such as colonial expansion. It is no coincidence that the Si-

⁽¹²³⁾ *Ibid.*, p. 59.

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, p. 60.

⁽¹²⁵⁾ Carlo GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Rome-Bari, 1985, p. 172.

⁽¹²⁶⁾ SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 194.

cilian bureaucrat addressing Cerruti's ideas underlined that the scholars of legal science were «the most competent men [...] to judge the question with legal principles, by which penal laws must first of all be shaped»⁽¹²⁷⁾.

Since the discourse extended beyond legal science's borders, some of those who animated the debate were members of geographical societies, explorers, persons of letters who yearned for colonies as idealized places of regeneration and conquest. They sometimes tried to engage legal arguments. Carpi, who was not a jurist, sought to face the legal arguments against deportation but generically concluded that the perfect technology of punishment did not exist and the only possible universal formula to follow was the biblical sentence «I have no pleasure in the death of the wicked; but that the wicked turn from his way and live»⁽¹²⁸⁾. Also Cerruti tried to use arguments related to the situation of Italian prisons and theories on convicts' reform. The position of de Foresta was particular because he was a judge but not a professor of law, and, in his theory, the legal reasoning merged on the one hand with a utopian description of a world without prison, and, on the other, with an overt imperialistic view in which the native people had to gradually disappear from the territory of the colony.

Two different elements contributed to spreading the colonial suggestion within the debate on deportation. First, utopia. For the German case, it has been noted that the supporters of deportation rather than solo-repressive ideas were bearers of a utopia⁽¹²⁹⁾. In the Italian debate, the utopian discourse was used, besides de Foresta, by the writer Dossi, the journalist Lioy, and others. On closer inspection, Beltrani Scalia's writings aimed at deconstructing the idealized lexicon of the pro-deportation supporters and bringing the debate back to its concreteness consisting of statistics, numbers, historical experiences, and legal principles. The Sicilian civil

⁽¹²⁷⁾ BELTRANI SCALIA, *La deportazione*, cit., p. 35.

⁽¹²⁸⁾ Ezekiel 33:11.

⁽¹²⁹⁾ RICHARD J. EVANS, *Tales from the German Underworld: Crime and Punishment in the Nineteenth Century*, New Haven, 1998; ROSENBLUM, *Beyond the Prison Gates*, cit., pp. 75-77.

servant adopted an anti-utopian discourse. The penitentiary problem was not a matter of utopias.

Secondly, science. According to positivism, on the one hand, social security required the expulsion of individuals held incompatible with civil society; on the other, a savage land could be the best place for recidivists and born criminals, who were affected by atavism precisely like the natives of the uncivilized parts of the world. In reality, the demand for social security escaped the boundaries of legal positivism, and most of the Italian jurists shared it, regardless of adhesion to a school, as a recent account has shown⁽¹³⁰⁾. Obviously, the two elements overlapped in some authors: for instance when de Foresta expounded a natural law whereby the indigenous race would disappear before the stronger European ones. And this leads to a fundamental point: the image of the indigenous peoples functional to the imperialistic narrative on overseas deportation.

In the pro-deportation discourse, the indigenous peoples of the colonies played a rather minor role. They were passive and savage subjects who had to make room for — or disappear in favor of — the European convicts. In the second half of the 1860s, the General Director of Prisons Giuseppe Boschi tasked Cerruti (according to Cerruti's words) with finding a territory where «the indigenous people could be rapidly repressed or absorbed by the Italian emigration»⁽¹³¹⁾. Canonico, who was in contact with Cerruti and sponsored his project, stated that deportation required that the native populations were «still quite wild in order to exclude the danger of the penal colony becoming an instrument of corruption for them»⁽¹³²⁾. According to Carpi, European deportees could bring the light of civilization to the savages⁽¹³³⁾. As noted, de Foresta held that the indigenous races would certainly disappear, and the problem was to understand whether the Ita-

⁽¹³⁰⁾ GARFINKEL, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, cit., has termed this widespread orientation «moderate social defense».

⁽¹³¹⁾ CERRUTI, *Le colonie penali e le colonie libere*, cit., p. 678.

⁽¹³²⁾ Letter from Canonico to Beltrani Scalia, 22 March 1874, in BELTRANI SCALIA, *La deportazione*, cit., p. 123.

⁽¹³³⁾ CARPI, *Delle colonie*, cit., p. 9.

lians would be among the races that benefited from it or not⁽¹³⁴⁾. Natives could also be useful for the sort of deportees who would turn into civil men: Liroy, for example, was enthused by the example of the repression of the Kanak revolt by the deportees of the Paris Commune. In this case, natives could be an instrument for the elevation of the convicts, which could not occur in a civilized land. Their state of wildness was a positive element of the landscape in which the convicts would insert themselves: they were «errant hordes or primitive tribes», as the positivist jurist Raffaele Garofalo later put it⁽¹³⁵⁾.

The savage inhabitants of the colonies and the national criminals ended up being part of the same semantic field. Arcangelo Ghisleri, one of the most perceptive anti-colonial intellectuals of the late century, maintained that many intellectuals denied the humanity of barbarians in the name of the superior civilization, and in the same way criminals and the mentally ill were reduced to «useless encumbrances on our social coexistence» in the name of social defense⁽¹³⁶⁾.

In those years, some of the most distinguished exponents of the legal culture succeeded in promoting a criminal code that foresaw neither the death penalty nor overseas deportation. From the sources analyzed here it is clear that the final choice not to introduce the penalty of deportation was the result of the opposition raised by most of the jurists involved in the debate (in particular, of the specific weight of certain persons⁽¹³⁷⁾) and the strategy of the General Supervisor of Prisons, who became General Director in 1876.

⁽¹³⁴⁾ DE FORESTA, *La riforma penitenziaria. Né patibolo né carcere*, cit., pp. 58-59.

⁽¹³⁵⁾ Raffaele GAROFALO, *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Turin, 1885 (but here quoted from Turin, 1891), p. 254.

⁽¹³⁶⁾ Arcangelo GHISLERI, *Le razze umane e il diritto nella questione coloniale*, ed. by R. Rainero, Milan, 1972, p. 42.

⁽¹³⁷⁾ See Fulvio CAMMARANO, Maria Serena PIRETTI, *I professionisti in Parlamento (1861-1958)*, in *Storia d'Italia*, Vol. 10, *I professionisti*, ed. by Maria Malatesta, Turin, 1996, pp. 521-589.

Nevertheless, the fact that the legal culture's strong core opposed deportation and won this battle did not mean that these jurists were contrary to colonial expansion. Instead, it meant that they did not accept exploiting for political purposes a debate that should have been purely legal. They did not oppose the colonial idea in itself, as some of their comments showed: the presence of a mass of Italian criminals in the colony could be a burden for a good colonial government; the deportees would be a «dead weight (*zavorra*)»⁽¹³⁸⁾, in Nocito's words, which would impede the superior nation's endeavor to civilize the natives. As a matter of fact, colonial rulers would provoke a long controversy over the human quality of the men brought into the colony⁽¹³⁹⁾. If we want to find a distinction criterion, we can state that the more liberal intellectuals supported this position, while those more imbued with authoritarian ideas favored deportation as an instrument of colonial expansion. However, it was not support for colonial enterprise that distinguished between the two factions.

In short, colonial expansion represented a possibility for both sides of the discussion. Significantly, it was a staunch opponent of overseas deportation who started the Italian colonial enterprise, the highly appreciated international lawyer Mancini, who, in 1882, as Minister for Foreign Affairs, provided a legitimization of colonialism more effective than the need for penal colonies⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁸⁾ *Camera dei Deputati, Atti parlamentari Legislatura XVI — 4ª sessione — Discussioni — Tornata del 14 maggio 1890*, Rome, 1890, p. 2852. See LENCI, *Deportati in Eritrea*, cit., p. 210.

⁽¹³⁹⁾ See Nicola LABANCA, *Oltremare. Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna, 2002, p. 373.

⁽¹⁴⁰⁾ See Olindo DE NAPOLI, *Race and Empire: The Legitimation of Italian Colonialism in Juridical Thought*, in «The Journal of Modern History», 85 (2013), 4, pp. 801-832.

ALBERTO SPINOSA

TRA REGOLA ED ECCEZIONE:
IL CONCETTO DI *IUS SINGULARE*
NEL DIBATTITO GIURIDICO ITALIANO
TRA OTTO E NOVECENTO

«Eccezione: dite che conferma la regola,
ma non azzardatevi a spiegare come».

G. FLAUBERT

1. Premessa. — 2. Il paradigma savigniano: la dicotomia *ius commune/ius singulare* e la sua rilevanza costituzionale. — 3. La legalità sdoppiata dell'esegeta. Paradigma savigniano e cultura giuridica postunitaria. — 4. Ibridazioni e complicazioni: la lunga crisi della dicotomia.

1. *Premessa.*

Nonostante le nobili origini, il concetto di 'diritto singolare' (*ius singulare*) ha cessato da tempo di costituire uno strumento indispensabile della riflessione giuridica contemporanea⁽¹⁾. A posare

(1) Sul concetto di *ius singulare*, cfr. P. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto comune*, Modena, Società tipografica modenese, 1915; R. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dogmatico*, Tolentino, Stab. Tip. «F. Filelfo», 1937; R. AMBROSINO, *Ius singulare*, Milano, Giuffrè, 1942; V. GUELI, *Il "diritto singolare" e il sistema giuridico*, Milano, Giuffrè, 1942; A. GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in «Annali di diritto comparato», XVIII, 1946, p. 1 e ss.; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, 1953 [voce *Diritto singolare*, pp. 87-90, scritta nel luglio del 1944]; G. MELILLO, *Ius singulare*, in «Novissimo Digesto Italiano», IX, 1968, pp. 389-391; F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali eccezionali*, in «Enciclopedia del diritto», XXVIII, 1978, pp. 507-533.

una pietra tombale sulle ambizioni teorico-generalì della formula è a metà degli anni Quaranta del Novecento Santi Romano, in un'afilatissima voce dei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*: «Nel diritto italiano [...] l'espressione 'diritto singolare' è ignorata [...] e soltanto la dottrina persiste a farne uso»⁽²⁾. Il fatto che la nozione avesse trovato posto nel diritto romano — continuava — non significava necessariamente che anche altri ordinamenti l'avessero accolta. Ed in ogni caso di certo non l'aveva fatto l'ordinamento italiano che al contrario le aveva preferito espressamente, e con buone ragioni, la categoria di 'norme eccezionali', senza dubbio meno oscura e imprecisa. Da qui la conclusione: «la dottrina farebbe bene ad uniformarsi al diritto positivo, non solo nel concetto, ma anche nella terminologia»⁽³⁾.

In poche battute Romano poneva virtualmente fine ad un dibattito che si allungava alle sue spalle per almeno un secolo. Da quel momento in poi si sarebbe continuato a parlare di diritto singolare lungo binari sempre più periferici rispetto ai grandi snodi teorici del tempo, lungo la direttrice che avrebbe ricondotto il tema entro l'ambito specialistico degli studi romanistici e storico giuridici⁽⁴⁾. Beninteso, non si tratta di una fine improvvisa. Quando Romano scrive quella di *ius singulare* è nozione che ha già perso gran parte della sua autonomia concettuale, sopraffatta dalle categorie più maneggevoli del diritto *speciale* e del diritto *eccezionale* dalle quali sarebbe risultata via via indistinguibile; un contenitore teorico, insomma, sempre più difficile da impiegare in modo proficuo, sempre più asimmetrico rispetto alla crescente complessità del panorama giuridico novecentesco. Al tempo stesso, se pure annunciato, non abbiamo a che fare con un passaggio teo-

⁽²⁾ Cfr. ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 87.

⁽³⁾ Ivi, p. 89.

⁽⁴⁾ In questa prospettiva, cfr. H. MOHNHAUPT, *Privilegien und »gemeines Wohl« im ALR sowie deren Behandlung durch Theorie und Praxis im 19. Jahrhundert*, in *200 Jahre ALR. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, B. Dolemayer, H. Mohnhaupt (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1995, pp. 105-44; Th. DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit: Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008.

rico di poco conto. Ad uscire di scena col testo romaniano, infatti, è uno degli elementi portanti della dogmatica giuridica otto-novecentesca, la componente — in coppia con la nozione complementare di *ius commune* — di una di quelle celebri dicotomie attorno alle quali il pensiero giuridico liberale si era venuto a lungo dispiegando e che sarebbero entrate progressivamente in affanno di pari passo all'acuirsi della crisi dello Stato moderno.

Certo, le 'grandi dicotomie' sono altre⁽⁵⁾. Per un buon tratto di strada, tuttavia, la dialettica tra diritto comune e diritto singolare, lungi dal costituire il residuo di un tempo storico ormai incompatibile con la ferrea configurazione monista del diritto moderno, conquista un posto di assoluto rilievo nella geografia del dibattito giuridico otto-novecentesco, divenendo il terreno di gioco privilegiato di alcune delle più importanti partite teoriche del momento: dal ruolo e dal potere dell'interprete, alla funzione del legislatore; dal rapporto tra legge e Codice, al problema del coefficiente di autonomia rispetto ai principî 'universali' del diritto civile⁽⁶⁾ dei sotto-sistemi normativi e disciplinari emersi dai «frantumi del mondo»⁽⁷⁾ giuridico ottocentesco. Di più. In confronto al grado di resistenza e di refrattarietà al mutamento che sembra contraddistinguere le dicotomie 'maggiori', la coppia *commune/singolare*, con tutte le sue oscillazioni semantiche e concettuali, finisce

⁽⁵⁾ Sul concetto di 'grande dicotomia', cfr. N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, Einaudi, 1985, p. 3 e ss. Per una messa a fuoco della dicotomia pubblico/privato nel panorama dottrinale italiano, fondamentale da ultimo B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in «Quaderni fiorentini», 45 (2016), pp. 193-209.

⁽⁶⁾ Un'attenzione costante al problema del rapporto tra Codice civile e leggi 'speciali' ha dedicato negli anni Giovanni Cazzetta, in pagine di fondamentale importanza. Cfr. G. CAZZETTA, *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro* (1988) e *Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto* (2002), ora in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, rispettivamente pp. 69-169 e 27-65; nonché *La società del Codice. Cultura giuridica e trasformazioni sociali tra Otto e Novecento* (2007), in ID., *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2018², pp. 121-39.

⁽⁷⁾ Per l'espressione cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 151.

per rivelarsi (ad uno sguardo retrospettivo) un'antenna più sensibile di altre al cambiamento, un sismografo in grado di registrare anche quelle minime sollecitazioni teoriche che ad un diverso strumentario risulterebbero in buona parte impercettibili.

È in questa prospettiva che un ritorno sul tema dello *ius singulare*, pur già esaurito, potremmo dire, sul piano strettamente teorico (sebbene la denuncia dello 'stato di eccezione permanente' in cui sembrano versare le società post-moderne potrebbe farlo tornare inaspettatamente attuale), può costituire un esperimento ancora interessante dal punto di vista storiografico. Non tanto per dar conto della babele delle *definiciones* che tra Otto e Novecento si contendono il primato, quanto piuttosto per cogliere in essa la spia, la punta di emersione teorica delle tensioni ideali e materiali che percorrono l'ordine giuridico liberale a cavallo tra i due secoli. Facendo centro sul dibattito italiano, nelle pagine che seguono proveremo a mettere in fila i punti salienti di questa parabola.

2. *Il paradigma savigniano: la dicotomia ius commune/ius singulare e la sua rilevanza costituzionale.*

Onnipresente nelle pagine introduttive delle *Istituzioni*, delle *Parti generali* e dei *Manuali* di diritto civile ottocenteschi, oggetto di ricorrente attenzione monografica, tra XIX e XX secolo la *summa divisio* tra diritto comune e diritto singolare abbandona il terreno proprio della ricerca romanistica per essere chiamata a svolgere una specifica funzione ordinante, di mediazione teorica, tra assetto normativo dato e nuove istanze politiche e sociali, lungo il precario asse di equilibrio che a cavallo tra i due secoli corre tra stabilità e mutamento, tra continuità e riforma. Si tratta, questa, di una 'risalita' del tema verso il centro della teoria generale del diritto che è possibile collocare in un punto preciso dello spazio e del tempo.

Come è noto, è a due frammenti del giureconsulto Paolo che ogni riflessione in materia di diritto singolare direttamente o indirettamente si riallaccia: «*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium intro-*

ductum est»⁽⁸⁾, cui si connette logicamente il secondo (che pur non ne fa espressa menzione) contenente il celebre canone di interpretazione e applicazione della legge «Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias»⁽⁹⁾. Con altrettanta certezza è impossibile ignorare l'esistenza di un'importante tradizione medievale e moderna di rilettura dei passi paolini, dove la posta in gioco prevalente finisce per ruotare attorno al problema della individuazione delle linee divisorie tra concetti quali *beneficium*, *privilegium* e *rescriptum* che ora si accavallano, ora si contrappongono, ora si intrecciano a quello di *ius singulare*⁽¹⁰⁾.

Non è, tuttavia, da così lontano che occorre partire. L'inedita centralizzazione ottocentesca della nozione di diritto singolare non avviene infatti per via incrementale, in forza cioè di una specie di accumulo discorsivo che si possa proiettare all'indietro *ad infinitum*, ma è il risultato di uno scarto, un decisivo cambio di passo che se pure si giova dei contributi teorici del passato, finisce per rielaborarli in termini così originali da introdurre una distanza qualificata tra il prima e il dopo. E ancora una volta (ad ennesima conferma della forza inesauribile delle sue pagine) è a Savigny che questo 'salto' deve essere attribuito⁽¹¹⁾. Epicentro — ancora — il

⁽⁸⁾ D. 1.3.16.

⁽⁹⁾ D. 1.3.14. Non sono questi gli unici frammenti nei quali il termine ricorre. Per l'elenco completo delle testimonianze, cfr. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium*, cit., pp. 20-3.

⁽¹⁰⁾ Una schematica rassegna è offerta, ad esempio, in AMBROSINO, *Ius singulare*, cit., pp. 7-35. Sul versante medievale, qualche cenno anche in V. PIANO MORTARI, *Interpretazione (diritto intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», XXII, pp. 277-92, in particolare pp. 285-7.

⁽¹¹⁾ Impossibile in questa sede richiamare anche solo per sommi capi la galassia (in perenne espansione) degli studi savigniani. Per limitarsi ai fondamentali, cfr. P. CAPPELLINI, *Systema Iuris*, I, *Genesi del sistema e nascita della 'scienza' delle Pandette e II, Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1984-85; J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Edelsbach, Gremer, 1984 e *Savignyana*, Id. (ed.), Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann Verlag, 14 voll., 1993-2016. Da ultimo, v. il denso *A proposito di...* di P. CORONA, *Un nodo che si stringe. Considerazioni sul progetto savigniano nella riflessione giuridica del Vormärz*, in «Quaderni fiorentini», XLVII (2018), pp. 689-719. Per i profili del pensiero savigniano che qui interessano, cfr. inoltre M. FIORAVANTI, *Savigny e la scienza di diritto pubblico*

capo secondo del *Sistema del diritto romano attuale*, del quale la dialettica tra *commune* e *singulare* costituisce, anche dal punto di vista topografico, il capitolo e il complemento logico di chiusura.

Legata a doppio filo alle nozioni di ‘diritto positivo’ e ‘istituto giuridico’, la distinzione savigniana tra un piano giuridico comune/regolare (*regelmässige*) ed uno singolare/anomalo (*anomali-sche*) si inquadra in quella più ampia strategia di «*accettazione contenuta e controllata*»⁽¹²⁾ dell’attività legislativa che da Savigny avrebbe informato gran parte della riflessione giuridica di secondo Ottocento, contribuendo a determinare il successo dell’approccio pandettistico sul continente. Il problema è sempre lo stesso: quali contromisure teoriche adottare rispetto ad uno Stato-legislatore che dopo il 1804 sembra più che mai intenzionato a monopolizzare l’intero processo di produzione ed evoluzione giuridica? Come convivere coll’evidenza del protagonismo crescente del diritto legislativo senza per questo rimanere schiacciati dalla logica strumentale che sempre più spesso lo governa e che sembra mettere in discussione non solo la continuità dell’ordine giuridico, ma la stessa condizione di possibilità di una scienza del diritto? Come sappiamo è alla dottrina dell’istituto giuridico che dalle pagine del *System* Savigny avrebbe affidato la soluzione del dilemma. Passato il tempo della contrapposizione frontale a quell’«ardore creativo assolutamente cieco»⁽¹³⁾ che aveva contrassegnato la prima grande stagione codicistica, passato il tempo dell’«apodittica condanna»⁽¹⁴⁾, diviene adesso possibile per Savigny proporre una più raffinata opera di neutralizzazione teorica della potenziale irrazio-

del diciannovesimo secolo (1980) e ID., *Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato* (1981), entrambi in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, tomo I, rispettivamente pp. 3-21 e 23-63.

⁽¹²⁾ Cfr. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo*, cit., p. 45 (in corsivo nel testo).

⁽¹³⁾ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, qui da *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, ESI, 1982, p. 95.

⁽¹⁴⁾ Cfr. P. CARONI, *Il Codice disincantato* (1991), ora in ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 104.

nalità del politico, basata sul concetto di diritto positivo quale sistema 'organico' di istituti giuridici.

Alla base di questa nuova strategia vi è da parte di Savigny la consapevolezza che a metà Ottocento la sfida teorica non si possa più decidere, come nella celebre disputa di inizio secolo, sul piano esclusivo delle fonti giuridiche. Che la legislazione abbia ormai acquisito « per la sua esterna potenza, tale preponderanza, che facilmente si è indotti nell'errore di considerarla come se fosse l'unica vera fonte del diritto »⁽¹⁵⁾ è un fatto incontrovertibile con cui occorre fare i conti e che non è più possibile nascondere dietro al primato ideale del *wissenschaftliche Recht*. Si tratta allora di spostare la partita ad un livello diverso, a monte rispetto al terreno delle fonti giuridiche, direttamente cioè sul piano della nozione di « diritto positivo », di cui occorre affermare con forza tanto l'autonomia quanto la preesistenza rispetto ad ogni sua possibile manifestazione normativa⁽¹⁶⁾.

Abbiamo a che fare — inutile dirlo — con vere e proprie pagine 'fondative' universalmente note e celebrate in sede storiografica. Ci basti qui allora evidenziare i punti rilevanti ai fini del discorso che stiamo cercando di svolgere. In estrema sintesi, diritto *positivo* non è per Savigny, nella sua essenza, il diritto *posto*, non è un ambiente costituito da norme, se per norme giuridiche si intendono le misure appositamente *create* in funzione di uno specifico bisogno sociale da soddisfare. Diritto positivo è al contrario una realtà oggettiva, dall'origine « invisibile », che *preesiste* tanto alle norme quanto ai rapporti giuridici e che trova il suo punto di con-

(15) Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römisches Rechts*, erster Band, Berlin, 1840, qui dalla traduzione italiana di Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Volume primo, Torino, UTET, 1886, p. 72.

(16) Il passaggio è notissimo: « Alcuno potrebbe credere avere il diritto un'origine affatto diversa secondo l'influenza del caso, o dell'arbitrio umano, della riflessione, e della scienza. Ma a tale ipotesi si oppone il fatto indubitato, che, dovunque un rapporto giuridico ci si presenta alla mente ed è posto in questione, già da lungo tempo esiste una norma per regolarlo, sicché non è necessario, né possibile d'inventarla allora per la prima volta. Relativamente a questa qualità del diritto generale, per la quale esso in ogni circostanza, in cui può essere richiesto, si trova preconstituito ed ha già una reale esistenza, noi lo chiamiamo *diritto positivo* ». Ivi, p. 42.

denzazione primigenio nella struttura unitaria dell'istituto giuridico, quel complesso «organico» di regole e materia regolata che affonda le sue radici nella storia di un popolo e rispetto al quale tanto le norme quanto i rapporti non sono altro che espressioni giuridiche subordinate⁽¹⁷⁾. Da qui la possibilità di una conoscenza scientifica del diritto. Lungi dal potersi ridurre alla condizione di mero esegeta di un comando normativo, il giurista ha il compito di rinvenire il nesso organico (insieme storico e razionale) che stringe norme e rapporti nell'unità degli istituti giuridici, svelando altresì l'intimo «legame» che collega un istituto all'altro in un grande ordine sistematico.

È dunque a partire da questo più ampio punto di vista, da una concezione di diritto positivo quale sistema organico di istituti giuridici, che diviene possibile per Savigny portare a termine la sua operazione di contenimento e 'disarmo' teorico del decisionismo politico. A superamento dello spirito polemico che aveva animato le pagine del *Beruf* (la battaglia del resto è stata temporaneamente vinta) è possibile in prima battuta avanzare l'idea di una fisiologica azione 'cooperativa' tra le diverse fonti del diritto. Non si dà più alcun primato ontologico di una fonte giuridica sulle altre, «il diritto è in stato buono e normale soltanto quando queste forze produttive [...] operano armonicamente insieme, sicché nessuna di esse sia dall'altra isolata»⁽¹⁸⁾. Di fronte alla positività 'profonda' dell'istituto giuridico le distanze si riducono, i conflitti si attenuano. Tanto il diritto consuetudinario (erroneamente considerato — sottolinea Savigny — «la causa originaria» del diritto, quando invece ne è soltanto «l'indizio»), quanto il diritto legislativo e scientifico non sono adesso comprensibili se non come altrettante forme di manifestazione di un dato giuridico oggettivo necessariamente precostituito rispetto al loro intervento e pertanto possono essere tutte chiamate, allo stesso modo, a collaborare a quella fondamentale

⁽¹⁷⁾ Nei termini di Savigny: così come «ogni rapporto giuridico è subordinato, come a suo tipo, ad un istituto giuridico corrispondente, ed è da questo dominato», allo stesso modo «anche la regola di diritto, come pure la sua estrinsecazione nella legge, ha il suo più profondo fondamento nella intuizione dell'istituto giuridico». Ivi, p. 38.

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 73.

opera di completamento e svolgimento logico del sistema che presiede al corretto incedere del diritto nella storia. Così, se la scienza ha il compito di costruire e sorvegliare l'unità sistematica del diritto positivo, «alla mente del legislatore [deve] esser presente la più completa idea dell'organico istituto giuridico, se si vuole che la legge risponda al suo scopo, ed egli deve con processo artificiale dedurre da quest'idea completa il precetto astratto della legge»; del pari, «colui che deve applicare la legge, deve, con una operazione inversa, ricomporre l'insieme organico, di cui la legge non presenta che un singolo aspetto»⁽¹⁹⁾.

Attorno al baricentro stabile dell'istituto giuridico scienza, giurisprudenza e legislazione possono trovare dunque il criterio della loro pacifica convivenza. La scienza svela e plasma l'unità organica che si 'intuisce' dietro alla molteplicità dei rapporti giuridici, il legislatore ne favorisce lo sviluppo e il «progresso graduale» nel tempo ed infine il giudice se ne giova nel momento dell'interpretazione/applicazione della legge, la quale diviene attività razionalmente controllabile in quanto egli abbia la possibilità di ridurre di volta in volta la sproporzione esistente tra la singola disposizione da applicare ed il sistema giuridico nel suo complesso, riferendo mentalmente ogni norma al suo istituto giuridico corrispondente. Un moto 'convettivo' incessante di riproduzione giuridica che unisce ogni componente alle altre ed ogni parte al tutto.

Certo, fintanto che ci si muove all'interno di una dinamica ordinaria e ordinata delle fonti del diritto, *nulla quaestio*. Ma che succede nel momento in cui la legislazione fuoriesce dai limiti della sua *vera* missione facendosi portavoce diretta, in nome del «pubblico bene», di specifiche istanze sociali, di interessi economici contingenti, così distraendo il diritto dall'unico fine conforme «all'etica destinazione della natura umana», ovvero la delimitazione del campo di esercizio della libertà individuale⁽²⁰⁾? Come riuscire a preservare quel delicato equilibrio costituzionale tra le diverse fonti del diritto che appare sostenibile soltanto in presenza di un ritmo evolutivo 'naturale' degli istituti giuridici? Savigny è perfettamente

⁽¹⁹⁾ Ivi, p. 68.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 75.

consapevole che lo Stato è destinato presto o tardi ad accrescere in modo prodigioso la propria sfera di azione e dunque è cosciente del fatto che l'interventismo legislativo sia un fenomeno che non possa essere tenuto a bada facendo ricorso esclusivo all'ideale stabilità del sistema. Occorre allora predisporre uno strumento teorico ulteriore in grado di disattivare alla radice il pericolo che una crescita fuori controllo di materiale normativo possa divorare spazi sempre maggiori all'autonomia del sistema giuridico, mettendo a repentaglio la stessa esistenza di una *Rechtswissenschaft*. Ed è proprio per scongiurare questo rischio che, in seconda battuta, Savigny chiama in causa la dialettica tra «*jus commune*» e «*jus singulare*». Oltre alla contrapposizione tra diritto «assoluto» e «suppletivo» — osserva Savigny — esiste infatti una seconda distinzione fondamentale che attiene

alla diversa origine delle regole di diritto, secondo che queste sono derivate da puro diritto (sia *jus* ovvero *aequitas*), oppure da fonte ad esso estranea. Questi elementi estranei penetrando nel diritto ne alterano la purezza dei principii e vanno perciò *contra rationem juris*. Io li chiamo quindi *anomali*. I Romani li chiamano *jus singulare* e ne pongono a fondamento l'*utilitas* o la *necessitas*, cose differenti dal diritto. Il diritto derivato da puri principii giuridici io lo chiamo *regolare*; i Romani non gli danno ordinariamente alcun nome, tuttavia si trova talora designato col nome di *jus commune*.

Il passo è complesso e merita un'analisi ravvicinata. Intanto per Savigny occorre sgomberare il campo da una serie di equivoci di carattere terminologico e concettuale. Il fatto che nei testi romani per riferirsi al concetto di *jus singulare* venga spesso adoperata la nozione di *privilegium* non significa che esso alluda al moderno 'privilegio', ossia l'esenzione da determinati obblighi giuridici accordata *ad personam* dal supremo potere dello Stato. *Jus singulare* non è infatti la disciplina del caso 'singolo', ma è parte integrante del diritto generale. In secondo luogo, non coincide neppure con il cd. diritto 'eccezionale'. Il fatto che esso appaia, rispetto al diritto «normale», nel rapporto logico di regola ad eccezione è indubbio, ma — sotto linea Savigny — si tratta questo di un aspetto affatto «secondario, derivato, [che] non contiene l'essenza della cosa stessa»⁽²¹⁾. Allo

⁽²¹⁾ Ivi, p. 85.

stesso modo, infine, appare del tutto secondaria anche la circostanza che il diritto singolare/anomalo si presenti sempre come un diritto «limitato a certe classi di persone, di cose o di negozi». Se fosse vero sarebbe possibile rovesciare l'affermazione e considerare anomalo ogni diritto relativo a determinate classi, il che non è ammissibile. Quindi, di nuovo, «è assolutamente erroneo il volere in esso riporre, come molti fanno, il carattere distintivo del *jus singulare*»⁽²²⁾.

In cosa consiste, allora, questa specifica anomalia del diritto singolare? Ecco il punto: la causa dell'anomalia attiene tutta, per Savigny, alla «diversa origine» della regola giuridica, al fatto cioè che lungi dal potersi ricondurre, come il diritto 'regolare', ad una razionalità oggettiva sovrastante, ad un principio giuridico del quale possa considerarsi sviluppo e complemento, in essa non sia ravvisabile altro fondamento che la particolare *utilitas* che intende perseguire, la occasionale *necessitas* che l'ha cagionata, e quindi non abbia altra condizione di legittimità se non la decisione arbitraria, l'atto d'imperio del potere che l'ha posta in essere. La norma di *jus singulare* è anomala dunque non in ragione della ristrettezza del suo ambito di applicazione (che semmai è la conseguenza inevitabile della sua anomalia), ma perché disancorata da quel necessario riferimento alla positività 'profonda' dell'istituto giuridico che — abbiamo visto — rappresenta per Savigny il termine di mediazione obbligato di ogni fase di sviluppo storico del diritto. In questo senso *jus singulare* non può dirsi propriamente neppure diritto 'positivo'. Al contrario, esso si presenta «come di natura meramente positiva [*rein positiv*], sicché il più delle volte può riferirsi alla volontà di un determinato legislatore»⁽²³⁾. Ed è proprio in virtù di questa sua 'diversa' natura che al diritto singolare è preclusa totalmente la possibilità di un'estensione analogica: «Infatti tutto il procedimento per analogia si basa unicamente sulla intrinseca connessione del sistema giuridico; le regole del diritto anomalo però derivano da principî estranei e sono solamente aggiunte al sistema giuridico, per cui non può a loro essere attri-

⁽²²⁾ *Ibid.*

⁽²³⁾ *Ivi*, p. 85.

buita la forza organica creatrice del diritto normale»⁽²⁴⁾. Non basta, in altre parole, dirottare nel contenitore del diritto anomalo ogni materiale normativo incompatibile con un ritmo di sviluppo 'naturale' del sistema giuridico, occorre anche impedire che da quel contenitore possa un domani uscire⁽²⁵⁾.

Anche quando la legge esorbita dal suo ordinario raggio d'azione il rischio di uno schiacciamento inarrestabile (nichilistico) del diritto sul terreno della ragion di Stato appare dunque scongiurato. Ogniqualvolta il potere legislativo sceglie di intervenire direttamente — ed è suo legittimo potere farlo — nella risoluzione di un determinato conflitto di interessi; ogniqualvolta la legislazione si fa fonte di disciplina immediata di specifiche *utilitates*, rompendo ogni nesso di continuità con il sistema giuridico dato, si ha a che fare in fin dei conti per Savigny con qualcosa di 'estraneo' al diritto positivo vero e proprio: una dimensione epidermica della giuridicità, un diritto *anomalo*, appunto, contingente, effimero come la volontà politica che lo ha generato e pertanto incapace di esprimere principî giuridici, incapace di un qualsivoglia sviluppo organico. Insomma, se il caos del decisionismo politico non può essere totalmente impedito, grazie alla nozione di *jus singulare* è ancora possibile pensare di averne disinnescato i rischi maggiori. La crisi di fine secolo avrebbe coinciso sotto molti aspetti con il venir meno di questa certezza.

⁽²⁴⁾ Per tutto il ragionamento, cfr. SAVIGNY, *System*, cit., § 46.

⁽²⁵⁾ È in questo senso che Savigny insiste sul carattere «generale» e non «storico» del concetto di diritto singolare. Nel senso che l'assegnazione all'uno o all'altro campo, regolare o anomalo, del diritto non può considerarsi relativa e temporanea, ma in linea di massima assoluta e definitiva. Certo, anche la teoria in fin dei conti è soggetta alla storia. E quindi non è del tutto da escludersi l'eventualità che «un principio in origine estraneo al diritto [possa] venir da esso assorbito in modo, che ciò, che prima valeva come *utilitas*, con l'andar del tempo [venga] concepito come *ratio juris*». Ivi, p. 86. Ad escludere tuttavia che ciò potesse darsi come osmosi naturale tra i due campi, interveniva per l'appunto il divieto di estensione analogica del diritto anomalo, che viene a configurarsi in questo quadro come una forma di chiusura ermetica dell'anomalia rispetto ad ogni tentativo di normalizzazione.

3. *La legalità sdoppiata dell'esegeta. Paradigma savigniano e cultura giuridica postunitaria.*

Di fronte allo spettro del 'contagio' del sistema giuridico da parte di una razionalità strumentale di tipo politico ad esso ritenuta ontologicamente estranea, il recupero savigniano della nozione di *jus singulare* corrisponde dunque all'indicazione di una possibile via d'uscita teorica. Il *virus* della decisionalità politica può essere, se non sconfitto, almeno contenuto. E ciò che consente di circoscriverne la diffusione è appunto la distinzione tra diritto *regolare* e *anomalo*: un dualismo che per Savigny attiene, non già a una dialettica 'ordinaria' tra differenti modalità di atteggiarsi del diritto positivo (come avviene nel caso del rapporto tra regola ed eccezione), ma ad una contrapposizione più profonda e radicale tra due dimensioni giuridiche geneticamente *diverse* e (almeno in teoria) non comunicanti tra loro; ossia — come abbiamo visto — tra un diritto riconducibile ad un principio giuridico 'dato', del quale possa presentarsi come deduzione e sviluppo, ed un ambiente normativo che al contrario non sembra altrimenti fondato se non su un criterio di stretta funzionalità rispetto ad un obiettivo politico e sociale da perseguire. Quest'ultimo è il terreno dello *jus singulare*. Un ambiente che si trova ai limiti estremi del giuridico — un diritto «meramente positivo» scrive Savigny — all'interno del quale la scienza è titolata a confinare, in una sorta di 'quarantena' indefinita (considerato il divieto di estensione analogica che ad esso deve applicarsi), tutta la produzione normativa che non appaia conforme alla logica evolutiva del sistema, a quel parametro oggettivo di razionalità che incontra il suo punto di coagulo fondamentale nella struttura 'organica' dell'istituto giuridico.

Ora, rispetto a queste coordinate teoriche fondamentali — primato ontologico del sistema; controllo scientifico di compatibilità della produzione normativa statale all'evoluzione 'naturale' del diritto positivo; *jus singulare* come contenitore concettuale del diritto legislativo 'anomalo' — la vicenda italiana postunitaria sembra effettivamente avere ben poco a che spartire⁽²⁶⁾. Marchiato a

⁽²⁶⁾ Per un quadro ragionato e aggiornato dei principali riferimenti bibliografici

fuoco dall'esperienza napoleonica — che si rivela ben presto sulla Penisola un modello di integrazione giuridica dal quale appare impossibile affrancarsi (nonostante i tentativi di revisione critica messi in campo nel corso dell'Ottocento preunitario e risorgimentale⁽²⁷⁾) —, il panorama italiano postunitario sembra ormai caduto, infatti, in quella soffocante spirale legicentrica dalla quale ogni ulteriore declinazione in senso dualistico dell'ordine giuridico positivo sarebbe parsa del tutto anacronistica.

Ebbene, pur con tutte le differenze del caso, ciò che ci sembra di poter affermare, al contrario, è che uno schema dicotomico di stampo 'savigniano' non solo abbia conosciuto una precoce diffusione nel quadro della cultura giuridica postunitaria, ma che abbia costituito altresì il criterio fondamentale di (pre)comprensione ed insieme di accettazione teorica della svolta codicistica; la chiave di lettura, ora manifesta, ora implicita, sulla quale si sarebbe imposta non soltanto una parte rilevante della strategia di legittimazione e di 'costituzionalizzazione' del Codice civile, ma anche la sua concreta attuazione pratica. La possibilità di far ricorso all'idea di un duplice livello di giuridicità (*comune* o *singolare*, a seconda del coefficiente di autonomia dalla discrezionalità politica, dalla volontà del legislatore, una norma di diritto positivo dimostri di possedere) quale dispositivo teorico di 'governo' scientifico del protagonismo legislativo non costituisce dunque una prerogativa limitata alle esperienze (come quella germanica) rimaste indenni ad

relativi alla cultura giuridica postunitaria, cfr. S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Il pensiero giuridico italiano. Dal medioevo all'età contemporanea*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2015, p. 269 e CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 68-70.

⁽²⁷⁾ Cfr. da ultimo, per il decennio francese a Napoli, P. MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, Giappichelli, 2018. Per uno sguardo d'insieme sui principali itinerari preunitari del confronto con il modello napoleonico, ci sia consentito il rinvio ad A. SPINOSA, «*Civili in diversissimo modo*». *Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2017. Riscontra un nesso di analogia tra il carattere 'plurale' della vicenda preunitaria italiana e la «*situación ibérica*» in cui matura il progetto di Codice civile del 1821, C. PETIT, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid, Editorial Dykinson, 2019.

una moderna *reductio ad unum* codicistica delle fonti del diritto. O meglio, se questo sembra a tutti gli effetti valere per l'esegeta francese (che per raggiungere lo stesso obiettivo sarà costretto a passare per luoghi teorici differenti⁽²⁸⁾), altrettanto però non si può dire del corrispondente italiano, per il quale tale dialettica profonda non solo non è incompatibile col pieno riconoscimento

(28) Per quel che ci è stato possibile verificare, la dialettica tra *ius commune* e *ius singulare* non trova spazio nel contesto della commentaristica pubblicata all'ombra del *Code civil*. Il civilista d'Olttralpe conosce un solo dualismo: quello tra «*Lois Naturelles*» e «*Lois Positives*». Ed il problema per lui è quello di stabilire, una volta per tutte, se le norme del diritto naturale che il legislatore non ha tradotto in legge possano considerarsi giuridicamente obbligatorie. Questione, peraltro, meno scontata di quel che ci si aspetterebbe. Ma queste ultime tendono a presentarglisi compatte e unitarie nella loro struttura, univoche nei loro fondamenti. Nessuna tensione sembra percorrerle. Diritto positivo è «*le résultat des dispositions de la Loi*» (Delvincourt) e questa nient'altro che la «*expression de la volonté du peuple*» (Huc), perché «*tire sa force de la seule volonté du souverain*» (Toullier). Le leggi positive «*sont variables et changeantes, puisque le législateur qui les a faites peut les modifier à son gré ou les abroger*» (Mourlon). Certo, si può ancora immaginare che dietro la volontà del legislatore agisca pur sempre l'influenza benefica della ragione naturale. E infatti, alla fine dei conti, è proprio su questa *coincidentia oppositorum* che sarebbe passata la via della 'costituzionalizzazione' del *Code civil*. Cfr. H.J.B. DARD, *Code civil des français, avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances édictés et déclarations, qui ont rapport à chaque article; ou conférence du Code civil avec les lois anciennes*, Paris, Commaille, 1805; J.E.D. BERNARDI, *Corso di diritto civile francese*, Milano, Sonzogno, 1806; O. LE CLERQ, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, I, Liège, Duvivier, 1810; J.B.V. PROUDHON, *Cours de droit civil français*, I, A Dijon, Bernard-Defay, 1810; J.P. COTELLE, *Cours de droit français ou du Code Napoléon*, I, Paris, 1813; E.N. PIGEAU, *Cours élémentaire de Code civil ou exposé méthodique des dispositions du code civil pour en faciliter l'intelligence*, I, Paris, Blaise Jeune Libraire, 1818; C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, I, Bruxelles, Aug. Wahlen, 1824⁵; C.E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, I, Bruxelles, P.J. De Mat, 1825; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, I, Paris, Thorel e Guilbert, 1844⁴; J.C.F. DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, I, Napoli, Tipografia di Gaetano Reale, 1847; V.N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, I, Paris, Cotillon, 1859⁵; F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, I, Paris, A. Marescq Ainé, 1877¹⁰; A.M. DEMANTE, *Cours Analytique de Code civil* (1849), Paris, Plon, 1881²; T. HUC, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, I, Paris, Pichon, 1892.

della centralità ‘costituzionale’ del Codice, ma in qualche misura — come vedremo — è la stessa logica del diritto codificato ad imporla.

La storiografia ha identificato da tempo la presenza di motivi storicistico-savigniani (anteriori alla loro recezione ufficiale) ad annacquare la purezza esegetica del giurista postunitario⁽²⁹⁾. Presenze che se per un verso invitano a ridisegnare le mappe degli schieramenti dottrinali consolidati — fino al punto di dover ammettere l’esistenza di una paradossale ma retoricamente efficace strategia di legittimazione ‘savigniana’ del Codice civile⁽³⁰⁾ —, per altro verso si inquadrano in quella più generale vocazione eclettica del giurista italiano che, elevata a « canone » metodologico nel corso dell’Ottocento risorgimentale, si sarebbe prolungata ben oltre le colonne d’Ercole dell’unificazione, quasi a delineare un tratto culturale identitario della tradizione giuridica nazionale⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Cfr. P. UNGARI, *L’età del codice civile. Lotte per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, ESI, 1967; P. COSTA, *L’interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini», 20 (1991), pp. 367-495; G. CAZZETTA, *Civilistica e ‘assolutismo giuridico’ nell’Italia post-unitaria: gli anni dell’esegesi (1865-1881)*, in *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 399-418; S. SOLIMANO, *Tra ‘esegesi e sistema’? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in «Jus», 39 (2010), pp. 203-48; e ID., *Tendenze della civilistica postunitaria*, cit.; A. SPINOSA, «L’economia dei Codici moderni». *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell’Ottocento*, in «Quaderni fiorentini», 40 (2011), pp. 747-780.

⁽³⁰⁾ Su cui ad es. ancora G. CAZZETTA, *Codice nazionale e «vocabolario mentale» dei giuristi* (2009), in ID., *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 71-96.

⁽³¹⁾ Sull’eclettismo come tratto saliente della cultura ottocentesca italiana (giuridica e non), cfr. N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del XIX secolo*, in «Bollettino dell’Istituto di Filosofia del Diritto della regia Università di Roma», 1942; E. GENTA, *Eclettismo giuridico della Restaurazione*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LX (1987), pp. 285-309; M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia*, Napoli, 1987; A. SAVORELLI, *‘Eclettismo’ e ‘terza via’ nella filosofia italiana tra il 1860 e il 1890*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell’Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. Mazzacane e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1990, pp. 205-239; L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell’Ottocento*, in «Quaderni fiorentini», 39 (2010), pp. 153-228 e ID., *La nazione dei giuristi. Il canone eclettico tra politica e cul-*

Ad ogni buon conto, sia che possa essere ricondotta direttamente alla lezione savigniana (di cui il giurista italiano sembra accogliere in larga parte il messaggio, pur entro un sistema di fonti che apparentemente lo smentisce); sia che invece sia fatta rientrare dalla finestra di una disinvolta miscela di paradigmi differenti, ecletticamente combinati tra loro; sia infine che faccia il suo ingresso dalla porta principale delle stesse norme del Codice⁽³²⁾, la dicotomia *ius commune/ius singulare* finisce per riprodurre tra Codice civile e la rimanente legislazione una dialettica analoga a quella che da ottica savigniana avrebbe dovuto presiedere al corretto rapporto tra ‘sistema’ e produzione legislativa, assolvendo dunque, pur dentro la « tana del lupo ‘codicistico’ »⁽³³⁾, alla medesima missione teorica.

Con paradosso soltanto apparente, il ruolo di *ius commune* spetterà allora in questo scenario proprio al Codice civile, quale contenitore di un diritto *dato*, capace di imporsi ‘savignianamente’ — potremmo dire — al volere del legislatore statale. Il Codice, scrive Pepere, « non può essere che il portato dello spontaneo e progressivo sviluppo dello spirito giuridico di una nazione, il quale è pervenuto a cogliere l'unità mentale di tutta la sua legislazione »⁽³⁴⁾.

tura giuridica: spunti per una riflessione sulla esperienza italiana della Restaurazione, in *Diritto, cultura giuridica e riforme nell'età di Maria Luigia*, a cura di G. Baggio, E. Fregoso, F. Micolo, Parma, MUP, 2011, p. 263 e ss.

⁽³²⁾ Ci riferiamo all'art. 4 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*. Il testo, in realtà, preso alla lettera non parla di diritto *singolare*: « Le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi ». Il concetto, dunque, è a tutti gli effetti una ‘proiezione’ del giurista postunitario. Dobbiamo allora ammettere con Grossi di essere di fronte ad una di quelle « retrodatazioni culturali » che non è raro in ambiente postunitario vedere sovrapporsi al testo codicistico orientandone la lettura. Per l'espressione, cfr. P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in « Quaderni fiorentini », 5-6 (1976-77), pp. 201-338, anche in *Id.*, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 439-570.

⁽³³⁾ Cfr. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 388.

⁽³⁴⁾ Cfr. F. PEPERE, *Enciclopedia organica del diritto*, Napoli, Marghieri, 1870, p. 121 (corsivo nostro). L'immagine di un legislatore ‘savigniano’ non si arresta di fronte al Codice, ma sottintende a tutto il processo ‘naturale’ di formazione del diritto, discostandosi dal quale l'esito non può essere che ‘disorganico’ ed ‘incivile’: « Il

Sulla stessa lunghezza d'onda, se per Vanni i codici «non sono già la raccolta di nuove leggi d'un tratto create ed emanate dal legislatore, ma il *resultato naturale e necessario dello sviluppo storico del diritto nazionale*», un Codice non essendo altro che un «sistema e al tempo stesso una storia»⁽³⁵⁾, per Saredo l'opera della codificazione

non consiste [...] in una creazione di leggi, né è una rivelazione di veri giuridici che un legislatore promulghi, da una specie di Sinai: basta a provare il contrario, l'aprire un codice; il quale non è altro che una raccolta razionale delle consuetudini, delle idee, dei costumi, che il legislatore non ha fatti, ma che si è limitato a coordinare metodicamente, a riformare e a completare, combinando le nuove verità giuridiche con le vecchie che hanno avuto la sanzione del tempo, eliminando le istituzioni e le leggi che il tempo ha abrogato, o che non hanno più corrispondenza col nuovo stato e co' bisogni della società⁽³⁶⁾.

Non si pensi a questa come ad una maliziosa opera di *cherry picking* orchestrata intenzionalmente ad inganno del lettore, né ad una selezione di testi viziata da un incontrollato *bias* di conferma. Abbiamo a che fare piuttosto con testimonianze rappresentative di una strategia retorica largamente diffusa in ambiente postunitario, rispondente a specifiche esigenze teoriche, la quale si ricollega a quel complesso apparato argomentativo che nel corso del XIX se-

lavoro legislativo adunque o che si svolga come immediata trasformazione della consuetudine in legge, o come lavoro critico della giurisprudenza, le cui deduzioni quello converte in formole imperative, è sempre un processo scientifico, il quale dalla ragioni assolute del giusto discende alle particolari determinazioni del diritto positivo. [...] Imperocché essendo la legge l'espressione della coscienza giuridica del popolo riflessa nella superiore mentalità de' giuresapienti o de' filosofi civili, che la rivelano e la formulano ne' legislativi precetti, seguita che altri non possono essere i legislatori di una nazione se non i suoi sapienti, ne' quali essa riconosce la civil sapienza, che in un grado superiore in sé accoglie e riflette la di lei cognizione volgare. [...] Ogni altro processo formativo della legislazione, diverso da questo, perocché è in dissonanza col l'interno processo evolutivo delle leggi, è disorganico e incivile». Ivi, pp. 114-5.

⁽³⁵⁾ Cfr. I. VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, Perugia, Santucci, 1877, p. 33.

⁽³⁶⁾ Cfr. G. SAREDO, *Trattato delle leggi, dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione. Commentario teorico-pratico del titolo preliminare del Codice civile e delle leggi transitorie per l'attuazione dei Codici vigenti*, Firenze, Pellas, 1871, vol. I, p. 56 (corsivo nostro).

colo accompagna e legittima il varo del Codice civile sulla Penisola⁽³⁷⁾. È la retorica del Codice ‘nazionale’⁽³⁸⁾. È l’esaltazione del nesso stringente tra codificazione e identità nazionale che — a valle — ha come sua principale ricaduta teorica l’idea del fondamento *oggettivo* del diritto codificato, l’immagine potente del Codice civile come supremo *atto di riconoscimento* del diritto nazionale. Dire codificazione nazionale non significa, insomma, per il giurista postunitario prodursi in un mero esercizio declamatorio. Dietro la retorica ci sono scelte di campo ben precise dalla indubbia valenza teorico-generale. Qui si determina quell’originale incontro tra codificazione e ideologie anticodificatorie (su cui da tempo la storiografia ha posto attenzione) a partire dal quale diviene possibile affermare, senza timore di cadere in contraddizione, che in fin dei conti il Codice civile unitario

non ispiacerebbe, se ancora vivesse, all’avversario della codificazione — il Savigny — vedendolo informato agli ammonimenti da lui dati nel suo libretto della Vocazione del nostro secolo in fatto di legislazione e di giurisprudenza. Di vero, il diritto dee riconoscersi ben codificato quando riesca a confermare il gran principio della scuola del Savigny, che *esso non è nulla di casuale e arbitrario*, ma invece il *prodotto naturale della coscienza giuridica*, sì come viene manifestando dalle sue condizioni economiche, sociali, morali e da altri consimili rapporti e condizioni di fatto⁽³⁹⁾.

Ci è impossibile in questa sede seguire da vicino i passaggi attraverso i quali simile operazione si compie⁽⁴⁰⁾. Si può ben intuire,

⁽³⁷⁾ Per un’attenzione specifica al ruolo performativo del discorso giuridico nel processo di formazione dell’identità nazionale cfr. *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013.

⁽³⁸⁾ Un esame ravvicinato di alcune tappe salienti di questo processo, ancora in CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit.

⁽³⁹⁾ Cfr. C. LOZZI, *Introduzione al Codice civile. Saggio teoretico e pratico. Avvertenze proemiali e principalmente del metodo*, in «Temi Veneta», anno IV (1879), 4, p. 42. Parole non dissimili a quelle adoperate da Pisanelli qualche anno prima: «Né più vi è alcuno ormai de’ giuristi il quale pensi che la codificazione sia un fatto *arbitrario*, e non riconosca invece in essa un fatto *inevitabile* e un *progresso felice* quando le discipline giuridiche si sieno pienamente esplicate». Cfr. G. PISANELLI, *Dei progressi del diritto civile in Italia nel secolo XIX*, Milano, Vallardi, 1872, p. 31.

⁽⁴⁰⁾ Anche perché in effetti l’abbiamo già fatto. Cfr. A. SPINOSA, *L’equilibrio codicistico. Codificazione e cultura giuridica nell’Italia postunitaria*, Firenze, Alfani edi-

tuttavia, come l'idea di una codificazione 'nazionale' quale precipitato normativo delle « antiche e gloriose » tradizioni d'Italia, pur suggestiva, non fosse poi così facile da applicare alla realtà del Codice unitario, ma richiedesse un forte impegno collettivo di mediazione intellettuale. Una partita teorica peraltro che si gioca su due fronti egualmente complessi. Verso l'esterno, si trattava — è evidente — di spezzare il rapporto di vassallaggio che legava il testo italiano al modello napoleonico. Ma se il 'nemico' esterno poteva essere sconfitto facendo leva sull'idea di un'ininterrotta tradizione giuridica autoctona (romana, comune, italiana) che, a ben guardare, finiva per ricomprenderli entrambi⁽⁴¹⁾, più complicato rimaneva, sul fronte 'domestico', proiettare l'idea di una comune identità giuridica nazionale su un paesaggio ad altissima vocazione 'plurale' quale storicamente era sempre stato quello italiano. Sotto questo profilo occorre allora procedere ad una *italianizzazione* a tappe forzate della storia giuridica della Penisola, alla ricerca di una tradizione nazionale unitaria⁽⁴²⁾ — della quale il Codice po-

trice, 2017 (in part. il cap. III dedicato a 'L'idea di Codice nella cultura giuridica postunitaria').

⁽⁴¹⁾ Italianizzare il Codice unitario implicava in tal caso un'opera di contestuale italianizzazione del *Code civil*. Ancora nel '29, ad esempio, le inossidabili *Istituzioni* di Pacifici Mazzoni ribadivano l'idea che il Codice unitario fosse francese almeno quanto il *Code Napoléon* fosse romano e, pertanto, italiano: «Fu naturale quindi il risultato che [...], il Codice francese quando venne in Italia, non fosse accolto qual legge imposta, ma come dichiarazione del diritto comune corrispondente ai nostri sentimenti e ai nostri costumi». E a rinforzo, di nuovo, l'idea che il Codice non avesse fatto altro che certificare le antiche tradizioni italiane: «Ma con quanto maggior ragione e più estesa misura non possiamo noi vantare nel nostro Codice civile la conservazione delle nostre antiche e gloriose tradizioni, essendovi stato eliminato quanto di veramente straniero il Codice Napoleone conteneva [...]?»». Circostanza questa che finiva per affiancarsi al riconoscimento della necessità e preesistenza del diritto codificato, nonché del suo totale affidamento alla scienza giuridica: «la codificazione diviene un fatto necessario e si compie solo quando siasi giunti ad un determinato periodo di civiltà, e il diritto sia compiutamente esplicito, insomma quando la scienza ha compiuto la sintesi del diritto consuetudinario; e sono lasciate ad essa, come suo proprio patrimonio». Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano* (1867), Torino, UTET, 1929⁵, pp. XIII-XX.

⁽⁴²⁾ Inutile dire che spesso questa ricerca finiva per ricondurre alle 'gloriose' radici del diritto romano. Così per tutti Buonamici: «La vera tradizione è questa; ed è

tesse ergersi a credibile manifesto — da poter sovrascrivere a quelle molteplici tradizioni giuridiche patrie sulle quali si era esercitata abbondantemente la fantasia progettuale del giurista risorgimentale e che avevano costituito a lungo il cerchio massimo dell'identità collettiva⁽⁴³⁾.

Mettiamo da parte allora per il momento questi profili e torniamo sul punto teorico che qui interessa. Ed il punto è che attraverso la retorica della tradizione giuridica nazionale — che diviene l'occasione per una scrupolosa *mise en question* delle principali proposte dottrinali d'Oltralpe — riesce a farsi strada nel giurista postunitario l'idea che, pur formalmente unificato sul piano delle fonti del diritto, l'ordinamento giuridico italiano abbia conservato, nonostante il Codice (per non dire proprio grazie ad esso), una dinamica interna ineliminabile del tutto isomorfa a quella identificata dal sistema savigniano. Cioè a dire la dialettica tra uno strato 'profondo' della giuridicità — cui si addice il concetto di *ius commune*

romana. Tanto il Codice Napoleone quanto gli altri Codici italiani in molte parti l'accosero, l'avvalorarono, e poi la trasmisero, per dir così, al Codice attuale. Né poteva essere diversamente. *Il diritto privato*, come sul principio osservammo, *resiste potentemente alle mutazioni*; anzi in qualche sua parte sembra immobile; ponete a modo d'esempio le funzioni della proprietà privata le quali hanno tal natura che dirimpetto ai bisogni dell'uomo e alle condizioni odierne della società civile non si possono supporre o mancanti o diverse [...]. I nostri popoli si assuefecero alle medesime e le tradussero in proprie convinzioni; per lo che sebbene mutassero spesso di leggi e compilassero Codici di diritto privato, *non mutarono di principii*, di ricordi, di abitudini, di linguaggio giuridico e di formule legali. *I Codici adunque non crearono una tradizione; la conservarono.* [...] La brevissima loro vita non bastò a renderli cagione di cambiamenti radicali; meno nelle parti nuove, *ormai portate dal tempo*, formulate nel Codice Napoleone, e proposte da una giovane scienza. Per il resto essi non sono da considerare come efficaci *se non in quanto mantengono o lentamente modificano la vecchia nostra tradizione*. La quale per essi adunque *non è punto interrotta*. Resta tuttora romana dentro quei Codici, come resta romana nell'attuale». Cfr. F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna*, Prelezione detta nella R. Università di Pisa, il dì 23 novembre 1876, Pisa, Tip. Nistri, 1877, pp. 19-21.

⁽⁴³⁾ Ci siamo occupati di una porzione di questa vicenda in A. SPINOSA, *Storia del diritto e costruzione dell'identità nazionale*, in *Retoriche dei giuristi*, a cura di Cazzetta, cit., pp. 341-84. Sul fenomeno del diritto patrio, cfr. *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. Birocchi, A. Mattone, Roma, Viella, 2006.

— che attiene a quei principî giuridici consacrati dalla tradizione e dalla giurisprudenza che il legislatore lungi dall'aver creato si è limitato a riconoscere, ed uno strato più superficiale del giuridico — che il giurista postunitario non ha problemi a designare col nome di *ius singulare* — il quale al contrario possiede il suo unico fondamento nella volontà del legislatore, quando questi derogando rispetto ai principî dati del diritto comune si fa arbitro insindacabile degli interessi sociali meritevoli di una specifica tutela legislativa. Un « dualismo costante nel dominio della legge »⁽⁴⁴⁾ che in ragione del diverso regime interpretativo ad esso si associato — illimitata capacità espansiva, organica, del primo *vs* interpretazione restrittiva e divieto di analogia per il secondo — gioca un ruolo fondamentale in ottica liberale ai fini del mantenimento in equilibrio del sistema attorno al primato 'costituzionale' del Codice civile, dei principî (immutabili di giustizia, della tradizione, della scienza) del diritto civile borghese.

Certo, si può pensare che si tratti pur sempre di una distinzione residuale. Si può cioè ipotizzare — con Borsari — che normalmente il legislatore « non adempi[a] all'alta sua missione se non ritraendo il diritto che già preesiste nella pubblica coscienza dal suo stato di mera apprensione scientifica al grado di statuto obbligatorio »⁽⁴⁵⁾, o ad esempio ribadire con De Filippis la convinzione che « la legge non [sia] altro che la riflessione del diritto popolare » e che « il legislatore per formulare il principio giuridico deve riflettere lo spirito nazionale che si manifesta attraverso le opinioni, i bisogni ed i progressi della scienza »⁽⁴⁶⁾. Riferibile tanto a Savigny quanto a suggestioni vichiane⁽⁴⁷⁾ e rosminiane, l'idea di

⁽⁴⁴⁾ Cfr. G. CAPITANI, *Analogia* (voce), in « Digesto italiano », Torino, UTET, 1895, p. 178.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, UTET, 1871, p. 12.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano*, Milano, Soc. ed. Libreria, 1869, pp. 48-49.

⁽⁴⁷⁾ Sul vichismo come fenomeno culturale dell'Ottocento italiano, cfr. S. MORAVIA, *Vichismo e « idéologie » nella cultura italiana del primo Ottocento*, in *Omaggio a Vico*, Napoli, Morano, 1968; F. BRANCATO, *Vico nel Risorgimento*, Palermo, S. Flaccovio, 1969; F. TESSITORE, *Della tradizione vichiana e dello storicismo giuridico nell'Otto-*

un'attività legislativa limitata alla determinazione esteriore di un «principio d'ordine»⁽⁴⁸⁾ o di un «vero assoluto» indipendente dalla stessa ragione umana potrebbe insomma far pensare allo *ius singulare* come ad un contenitore teorico, sì importante, ma di fatto tendenzialmente vuoto.

L'impressione però è che le cose stiano all'esatto opposto. Se infatti — come abbiamo visto — l'area dello *ius commune* finisce per coincidere con l'ambito di svolgimento dei principî del diritto civile codicistico, rimanendovi circoscritta, i confini dello *ius singulare* tendono simmetricamente (trattandosi di coppia dicotomica) a presentarsi molto elastici e accoglienti, potenzialmente capaci di alloggiare senza troppe difficoltà l'intera produzione legislativa eccedente. Rientreranno così nella sfera della singolarità, nella 'zona rossa' del diritto inconseguente rispetto alla logica espansiva naturale dei principî del diritto comune civilistico, tanto le specifiche disposizioni limitative/derogatorie/eccezionali rispetto all'ordine del diritto civile 'eguale' (anche quelle che per avventura siano riuscite a penetrare la corazza codicistica), quanto interi settori giuridici e disciplinari⁽⁴⁹⁾. Andando più nel dettaglio, scopriamo che

cento napoletano, in *Aspetti del pensiero neoguelfo napoletano dopo il Settanta*, Napoli, Morano, 1962, appendice prima; ID., *Vico e la tradizione giuridica italiana*, in *L'educazione giuridica*, II, *Profili storici*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia, Libreria editrice universitaria, 1979, pp. 387-429; G. CACCIATORE, *Vichismo e illuminismo tra Cuoco e Ferrari*, in *La tradizione illuministica in Italia*, a cura di P. Di Giovanni, Palermo, Palumbo, 1986, pp. 43-91; G. BENTIVEGNA, *Dal riformismo muratoriano alle filosofie del risorgimento*, Napoli, Guida, 1999; G. COSPITO, *Il «gran Vico». Presenza, immagini e suggestioni vichiane nei testi della cultura italiana pre-risorgimentale (1799-1839)*, Genova, Name, 2002; LACCHE', *Il canone eclettico*, cit.

(48) La contrapposizione tra 'buon ordine' e 'volontà generale' diviene trasparente ad esempio in una pagina di Voltolina: «Sta però ben ricordare che ogni legge sia che permetta, sia che ordini, sia che proibisca, sia che punisca, *deve essere giusta, ragionevole*, e [...], *conforme al buon ordine*, ai bisogni ed alle circostanze della società; ragione per cui, leggi che avessero per oggetto personali interessi, che si limitassero al solo bene privato, che si lontanassero dal bene sociale, sarebbero ingiuste e contrarie al bene pubblico, *sarebbero frutto di volontà generale*». Cfr. F. VOLTOLINA, *Commento al Codice civile del Regno d'Italia*, Venezia, Tipografia municipale Gaetano Longo, 1873, p. 16.

(49) Un elenco interessante, ma empirico ed incompleto, delle norme di *ius singulare* è quello proposto da Saredo, che distingue tra: 1) le leggi che nel loro insieme

attraverso la lente dell'art. 4 delle preleggi, le norme di *ius singulare* vengono generalmente ricondotte a tre diverse categorie: *a*) le leggi penali; *b*) le leggi che restringono il libero esercizio dei diritti (un concetto abbastanza malleabile da poter abbracciare serenamente, per intendersi, sia le disposizioni in materia di autorizzazione maritale, sia tutte le norme di diritto amministrativo); ed infine *c*) le leggi che formano eccezione alle regole generali (una famiglia altrettanto variegata che si può restringere, ad esempio, alle minute disposizioni in materia di estinzione per silenzio quinquennale degli interessi sul debito, o allargarsi fino a ricoprire tutto il diritto commerciale⁽⁵⁰⁾).

Diritto penale, pubblico/amministrativo⁽⁵¹⁾, commerciale, speciale, eccezionale: sono molteplici e dalla massa oggettivamente

costituiscono un diritto speciale (quali ad esempio il Codice penale per forze militari di terra e di mare); 2) le leggi che nel pubblico interesse restringono il diritto civile (es. leggi amministrative, norme sull'espropriazione forzata, legislazione sulle miniere, i limiti di pubblica sicurezza alla libertà nelle industrie); 3) le leggi che costituiscono dei privilegi speciali, delle esenzioni dal diritto comune (ad es. i privilegi dei senatori e dei deputati, quelli accordati a prefetti e giudici); 4) le leggi relative alle imposte e alle esazioni; 5) le leggi relative ai privilegi fra creditori del medesimo debitore; 6) le disposizioni del potere esecutivo che riguardano *a*) amnistie e grazie, *b*) concessioni di diversa specie. Cfr. SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., p. 450.

⁽⁵⁰⁾ Quello relativo ai rapporti tra diritto civile 'comune' e diritto commerciale 'singolare' è un tema di grandissimo interesse che in queste pagine non può essere sviluppato. Ciò che possiamo dire è che in questa prima fase l'idea del carattere 'singolare' del diritto commerciale mi pare possa essere considerata come assolutamente prevalente, almeno da sponda civilistica. Cfr. ad es. G. DEL VITTO, *Guida allo studio di una teoria generale del diritto*, Torino, Tipografia Arnaldi, 1871, p. 70. Cfr. per un primo orientamento M. CARAVALE, «*Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale?*». *La polemica sul codice di commercio nell'Italia liberale*, in *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, a cura di C. Angelici, M. Caravale, L. Moscati, Milano-Roma, Mondadori — Università La Sapienza, 2008; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in «*Orizzonti del diritto commerciale*», 3 (2015), pp. 1-45; nonché da ultimo, «*Non più satellite*». *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, ETS, 2019 ed in particolare il saggio di E. MURA, *L'orbita di un «pianeta luminosissimo»*. *Verso l'autonomia scientifica del diritto commerciale*, pp. 45-105.

⁽⁵¹⁾ Contro questa *deminutio capitis*, contro la «tendenza assai diffusa [a ritenere] che il diritto pubblico sia in massima parte un diritto che formi eccezione a

ragguardevole i distretti dell'ordinamento legislativo che finiscono per piombare nell'orbita del diritto singolare. Leggi a tutti gli effetti, secondo i canoni del più rigido positivismo giuridico. Eppure in qualche misura di qualità differente⁽⁵²⁾ (inferiore) rispetto alla materia di cui sembrano fatte le norme di diritto civile e per questo suscettibili di un differente trattamento ermeneutico. Singolare è il *genus* rispetto al quale ogni ulteriore suddivisione teorica perde di autonomia. Questo vale in modo particolare per il concetto di 'specialità'. È abbastanza raro, invero, nel contesto postunitario imbattersi nella nozione di 'diritto speciale'. Siamo del resto ancora a relativa distanza di sicurezza dalla prima ondata di leggi sociali. Quando si incontra, però, ci si accorge ben presto che il concetto di diritto speciale non possiede ancora autonomia sufficiente a permettergli di fuoriuscire dal cerchio della singolarità, estendendosi ad esso il medesimo divieto di interpretazione analogica che colpisce tutta l'area giuridica 'infetta' dell'anomalia⁽⁵³⁾.

quello civile patrimoniale cui, molto frequentemente, si riferisce la qualifica di comune» avrebbe tuonato come è noto Santi Romano, rivendicando la piena autonomia del diritto amministrativo dalle logiche del diritto privato. Si trattava infatti a suo giudizio di una sopravvivenza teorica riferibile ad un tempo, invero neppure molto lontano, «in cui i rapporti di diritto pubblico, non ancora fusi in un proprio sistema autonomo, erano regolati da principii che trovavano la sede tradizionale della loro trattazione nel diritto privato. Quel tempo adesso si può ritenere quasi trascorso: il diritto pubblico in genere e l'amministrativo in ispecie hanno rivendicato a sé molti principii e di molti altri hanno messo in luce il carattere generale e l'appartenenza, non esclusiva al diritto civile, ma comune». Anche dal punto di vista quantitativo il diritto pubblico aveva conosciuto nel frattempo una tale «prodigiosa progressione» che «parlare in tali condizioni di cose di un diritto eccezionale non [aveva] senso, poiché, quando le eccezioni son troppo numerose e possono raggrupparsi sotto proprii principii, allora si è dinanzi ad un'altra regola», da cui la conseguenza «che l'opinione che in esso scorge un diritto anomalo non trova riscontro nella realtà». Cfr. S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990), pp. 97-8.

⁽⁵²⁾ «Questa forma di diritto che i moderni chiamano anomalo non avendo ragione nella natura delle cose e nell'interesse comune, parve una mera creazione dell'autorità (*auctoritate constituentium productae*) e qualche cosa di eccezionale, e certamente non rivestito di quella dignità del diritto che domina spontaneamente i rapporti giuridici in generale». Cfr. BORSARI, *Commentario*, cit., pp. 68-9.

⁽⁵³⁾ Cfr. ad esempio PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, cit., p. 8: «Per riguardo all'estensione obbiettiva, il diritto si distingue in generale o comune, in singolare o spe-

Insomma, tra *commune* e *singulare*, tra dichiarazione e creazione legislativa, *tertium non datur*: non è possibile immaginare un terzo *status* teorico delle norme giuridiche, intermedio ai due estremi, che pur non potendosi qualificare come ‘comune’ riesca ciononostante a sfuggire alla misura di restrizione e contenimento rappresentata dal divieto di estensione in via analogica.

Se rivolgiamo la nostra attenzione alla produzione di taglio esegetico troviamo questo schema in larga parte confermato. Si sottolinea la diversa « dignità » del diritto anomalo⁽⁵⁴⁾ e la cruciale importanza della dicotomia ai fini della corretta applicazione della legge; si rimarca tanto il divieto di ‘estrazione’ dal bacino del « giure singolare » degli « argomenti di analogia impiegati dall’interpretazione di una legge », dal momento che « l’interpretazione per via di analogia riposa sopra la concatenazione intrinseca e necessaria del diritto »⁽⁵⁵⁾, quanto l’impossibilità per il *gius singolare* di « esercitare

ciale e individuale ». Se il primo è soggetto ad « illimitata applicazione », per il fatto di essere conforme « ai principii generali di diritto o alla logica giuridica », il diritto « singolare consta delle regole che per motivi particolari di utilità politica od economica, derogano ai principii generali di diritto per certe categorie di persone o di cause [...] perciò non è suscettivo di essere esteso nella sua applicazione ». Nello stesso senso anche G. BUNIVA, *Enciclopedia del diritto, ossia introduzione generale alla scienza del diritto*, Torino, Paravia, 1853, p. 55 e guardando più avanti R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, *Introduzione e parte generale. Diritto delle persone* (1912), Messina Milano, Casa editrice Giuseppe principato, 1934⁷, pp. 48-57. Il più delle volte, però, come abbiamo detto, la categoria del diritto speciale non figura affatto tra le partizioni manualistiche nelle quali può suddividersi il diritto obbiettivo. Si legga ad esempio Vegni, nel cui compendio figurano tutte le possibili *distinctiones*, tranne appunto quella del diritto speciale: 1) divino e umano; 2) naturale o filosofico e positivo; 3) pubblico e privato; 4) civile ed ecclesiastico; 5) comune e singolare; 6) generale e particolare; 7) personale, reale e misto; 8) scritto e non scritto. Cfr. G. VEGNI, *Compendio del corso d’introduzione generale alle scienze giuridiche e politico-amministrative e di storia del diritto*, Siena, Moschini, 1865, p. 15. Oltre ai già citati, accolgono la dicotomia *commune/singolare* senza fare alcun riferimento al diritto speciale, ad esempio, BORSARI, *Commentario*, cit., pp. 68-9; T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, Torino, Vercellino, 1872; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, UTE, 1876, p. 27; G. VIGNALI, *Commentario del Codice civile italiano*, Napoli, Stabilimento tipografico Prete, 1878, p. 54 e P. MELUCCI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, Tommaso Pironti editore, 1905, p. 37.

⁽⁵⁴⁾ BORSARI, *Commentario*, cit., p. 68.

⁽⁵⁵⁾ FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico*, cit., p. 28.

influenza [...] sulla legge comune»⁽⁵⁶⁾. Certo, cercheremmo invano alati programmi di teoria generale nel quadro di un discorso che, per il canone metodologico adottato, è costretto alla pedissequa lettura del testo legislativo. Dobbiamo allora accontentarci di minime insorgenze testuali, affioramenti, che se per un verso testimoniano di un mondo tecnicamente perduto ma in qualche misura rimasto sul fondo retinico dell'esegeta italiano e fatto rivivere attraverso alcuni varchi normativi, quali ad esempio il testo dell'art. 4 delle preleggi (ma anche il commento all'art. 3 Disp. prel. avrebbe riservato le sue sorprese), per altro verso si connettono come tante tessere coerenti di un più ampio mosaico argomentativo a tenere in vita, pur in un sistema di fonti ormai formalmente unificato attorno al primato legislativo, quella differenza tra legge e provvedimento, tra diritto *positivo* e *meramente positivo*, che proprio la svolta codicistica aveva contribuito a sopprimere e che costituiva — come sappiamo — la grande preoccupazione teorica del *System* savigniano.

È di particolare interesse da questo punto di vista la testimonianza di Francesco Ricci⁽⁵⁷⁾. Da un lato, infatti, appartenendo (come del resto Borsari) a quella folta schiera di uomini di legge che «nascono in terre ancora tenacemente abbarbicate nella tradizione del diritto comune»⁽⁵⁸⁾ Ricci sembra il candidato ideale ad impersonare il travaglio generazionale della transizione verso la modernità. D'altra parte egli sembra dare l'impressione di aver superato senza troppa fatica i normali problemi di adattamento concettuale e metodologico ad un sistema a diritto codificato. Da qui una trattazione che si snoda coerentemente in aderenza ai capisaldi del positivismo giuridico: «Il potere legislativo è un potere eminentemente sovrano, in quanto ciò che ei vuole ha forza di obbligare tutti i cittadini»⁽⁵⁹⁾. Da qui la convinzione (peraltro minoritaria in questa fase⁽⁶⁰⁾) che l'ordinamento legislativo statale costitui-

⁽⁵⁶⁾ DEL VITTO, *Guida allo studio*, cit., p. 70.

⁽⁵⁷⁾ Su Ricci, vedi ora S. SOLIMANO, *Ricci, Francesco*, in *DBGI*, II, 2013, pp. 1680-1.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 491.

⁽⁵⁹⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico*, cit., p. 20.

⁽⁶⁰⁾ Ci si consenta di nuovo il rinvio a SPINOSA, «*L'economia dei Codici moderni*», cit., p. 770 e ss.

sca ormai un complesso normativo impermeabile ad ogni altro influsso giuridico esterno: « Il diritto che governa uno Stato è costituito dal complesso delle sue leggi; or parlando il legislatore patrio di principii generali di diritto, di qual diritto può egli parlare, se non di quello che è il risultato della sua legislazione? »⁽⁶¹⁾.

Eppure anche in Ricci lo schema dualistico ritorna e lo fa attraverso il canale testuale dell'art. 4, interpretato come il « cànone principale o fondamentale per la retta interpretazione delle leggi »⁽⁶²⁾. Ricci accede dunque al nostro tema attraverso la via del problema ermeneutico andando però a toccare direttamente il suo punto dolente, quello relativo alla dinamica applicativa concreta del sistema legislativo. « Tutte le leggi — afferma il Ricci — hanno per fondamento o il principio supremo di ragione e giustizia o quello di utilità; quelle fondate sul principio di giustizia costituiscono *gius comune* ed ammettono interpretazione estensiva; quelle fondate sul principio di utilità costituiscono *gius singolare* e non ammettono interpretazione estensiva, ma restrittiva »⁽⁶³⁾. Come per Savigny, anche in Ricci la distinzione non attiene alla differente ampiezza degli effetti normativi, ma a ragioni più profonde: « La disposizione di legge, sia pur generale, non può per questo costituire regola o *gius comune* quando non è fondata sui principii di ragione »⁽⁶⁴⁾. Non basta presentarsi sottoforma di norma generale e astratta per poter accedere al regno del diritto 'comune'. Il dualismo poggia nuovamente sulla distanza che può essere rinvenuta tra una disposizione « fondata sugli eterni principii di giustizia » che come tale « non è creazione del legislatore, ma omaggio che questi rende ai principii stessi [...] » e quindi suscettibile di essere sviluppata « in tutte le sue conseguenze », ed un diritto ritenuto 'anormale' perché riconoscibile a tutti gli effetti come « *creazione vera* del legislatore » e per questo motivo non estensibile a casi diversi da quelli espressamente contemplati. Infatti, « se il legislatore ha creduto in un caso provvedere con un *gius anormale* o

⁽⁶¹⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico*, cit., p. 26.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 27.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 28.

eccezionale all'interesse sociale, ed ha taciuto a riguardo di altro caso, a riguardo del quale pur militano le stesse ragioni del primo, non può l'interprete supplire esso, estendendo al caso omesso la disposizione eccezionale»⁽⁶⁵⁾.

Certo, il richiamo alla tradizione giuridica italiana, pur frequente nelle sue pagine, sembra giocato da Ricci più in chiave giu-snaturalistica che per esaltare il nesso di continuità storica tra presente e passato. L'abbraccio mortale 'classico' tra naturalismo e positivismo giuridico si stempera tuttavia in una rappresentazione ancora tenacemente dualistica dell'ordine giuridico, dinanzi alla quale anche la compatta immagine illuministica di un interprete cui «non è dato mostrarsi più sapiente del legislatore»⁽⁶⁶⁾ finisce per complicarsi. Anzi, nello stesso tempo in cui sottrae ad ogni limitazione ermeneutica una fetta di giuridicità, quella e soltanto quella che la scienza ritiene appartenere al regno intangibile dei principî di giustizia (il *gius commune*), riservando ogni restrizione al diritto singolare, la distinzione rovescia il senso originario del messaggio illuministico (ric conducendoci con un salto carpiato verso la dottrina savigniana). Allora a guardar meglio non è tanto (non solo) il potenziale arbitrio dell'interprete che va tenuto sotto controllo, quanto piuttosto ancora una volta il potenziale distruttivo della discrezionalità politica, il *gius anormale*, quella produzione legislativa a base utilitaristica che lanciata a briglie sciolte rischierebbe di distruggere l'unità e la coerenza dei principî del diritto comune civilistico.

Un punto di vista analogo è quello formulato da Guido Capitanì nella lunga voce «Analogia» che egli affida alle pagine del *Digesto italiano*. Si tratta di un testo di particolare interesse soprattutto in ragione del *medium* utilizzato. Capitanì infatti scrivendo sul Digesto parla da una tribuna particolarmente visibile ed istituzionale, pensata per rappresentare la scienza 'normale' e non già per avanzare proposte temerarie di rottura epistemologica. E pertanto è oltremodo significativo che uno snodo centrale del suo ragionamento passi di nuovo per la nostra dicotomia. Per Capitanì

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁶⁾ *Ivi*, p. 23.

la distinzione tra *commune* e *singulare* definisce una « costante » ineliminabile dell'ordinamento legislativo che dipende — savignianamente — dal « diverso processo logico seguito dal legislatore nell'introdurre le sue disposizioni »⁽⁶⁷⁾. Il legislatore infatti,

o *deduce* la norma legislativa dal complesso dei principii giuridici ammessi universalmente in un dato momento, corrispondenti ai bisogni di tutta la umana famiglia, intesi a procurare il bene degli uomini considerati come individui, a dare a ciascuno ciò che gli spetta, considerandolo come perfettamente eguale agli altri uomini; e per tal modo si fonda sul principio di eguaglianza (*aequitas*) e sulla ragione e asseconda così la logica del diritto. Oppure egli *determina* tale norma secondo le particolari condizioni e le speciali convenienze, in relazione al bene degli uomini non come individui, ma come congregati, e rimontando in certa guisa contro la logica ordinaria, introduce talora deroghe ed eccezioni ai principii generali precedentemente stabiliti e così altera l'uguaglianza che informa i principii di equità. Nel primo caso si ha il *jus commune*, fondato su un processo logico di deduzione, capace come tale di essere spinto a tutte le logiche conseguenze, sino ad estendere il suo principio informatore, la *juris ratio*, ad altri negozi giuridici non contemplati dal legislatore. Nell'altro caso invece, di fronte ad un *jus singulare*, il principio introdotto dal legislatore in via di eccezione [...] ⁽⁶⁸⁾.

Si respira indubbiamente un'aria di famiglia nelle pagine di Capitani. Può riferirsi senz'altro alla lezione savigniana l'idea che il senso ultimo della distinzione risieda nel differente grado di autonomia che una norma giuridica possieda rispetto alla manifestazione di volontà politica del legislatore, piuttosto che nella diversa latitudine del suo ambito di applicazione. Allo stesso tempo si tratta nuovamente di un Savigny trasfigurato (attraverso la solita fusione eclettica, in salsa vichiana, di motivi giusrazionalistici e storicistici): il 'dato' a cui deve essere ancorata l'opera del legislatore, più che affondare le sue radici nella storia tende adesso a galleggiare nell'empireo delle verità universali della ragione. Trova tuttavia conferma il significato 'costituzionale' dell'operazione: ciò che spaventa in entrambi i casi è il legislatore che si fa autonomo interprete e mediatore di interessi, il legislatore che persegue specifici obiettivi ridistribuivi alla luce di convenienze e utilità autonomamente selezionate. Ed è questo tipo di intervento legislativo che va

⁽⁶⁷⁾ Cfr. CAPITANI, *Analogia*, cit., p. 178.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*.

arginato infliggendogli la ‘pena’ della interpretazione restrittiva. Una punizione che viceversa non sfiora neppure lontanamente la norma legislativa ‘comune’ la quale al contrario deve essere lasciata libera di esplicare indefinitamente tutte le sue potenzialità, informando alla propria *ratio* lo sviluppo progressivo del sistema legislativo.

Quel che più conta, però, è il fatto che in Capitani venga ufficialmente allo scoperto la matrice individualistico-kantiana sottesa alla teorica dello *ius singulare*, svelandone le soggiacenti implicazioni politiche e sociali. Singolare è il diritto relativo ai «congregati», il diritto che assume il punto di vista non già dell’individuo, ma del gruppo, dell’interesse collettivo, del soggetto colto nella sua dimensione relazionale e sociale. Un diritto che allarma perché corrompe il principio di eguaglianza formale tra i soggetti, perché rinunciando alla prospettiva ‘imparziale’ del diritto individuale, tende a sposare la logica ‘partigiana’ delle aggregazioni sociali. Si tratta, in fin dei conti, della stessa matrice entro cui si iscriveva il conservatorismo savigniano⁽⁶⁹⁾, ma tendente ora ad assumere una differente colorazione politica. Se infatti nella Germania di Savigny l’individualismo e il formalismo kantiano potevano rivelarsi solidali con l’affermazione sociale della nuova classe borghese contro il vecchio mondo aristocratico, caricandosi dunque di una valenza ‘progressista’ (molto probabilmente estranea alle stesse intenzioni di Savigny⁽⁷⁰⁾), al tempo in cui Capitani scrive, con le rivendicazioni operaie alle porte e lo scoppio ormai conclamato della questione sociale, la stessa impronta individualistica, formalistica e borghese non può che assumere viceversa un connotato ‘conservatore’, di difesa dello *status quo*, contribuendo a sorreggere il modello di integrazione giuridica liberale da ogni pericolosa contaminazione di stampo sociale.

Ed è proprio muovendo dall’eterna contrapposizione tra principio individuale e sociale, in quello che può considerarsi per il momento il tentativo più compiuto di costruzione di una dottrina

⁽⁶⁹⁾ Cfr. al riguardo P. CARONI, *La cifra codificatoria nell’opera di Savigny*, in «Quaderni fiorentini», 9 (1980), pp. 69-111.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 111.

generale dell'interpretazione del diritto codificato, che Matteo Pescatore indica nella dialettica tra *ius commune* e *singulare* la piattaforma fondamentale di un possibile punto di equilibrio teorico⁽⁷¹⁾.

Che si parta dall'alto delle speculazioni filosofiche sul diritto, oppure dal basso dei «risultamenti dell'ordine pratico» un dato assolutamente incontrovertibile si impone ad ogni osservatore: la vita del diritto, l'intera sua storia, non è altro che la storia della «perpetua lotta» tra due principî rivali, l'individuale ed il sociale, ciascuno dei quali in grado di annichilire l'altro, ma al tempo stesso incapace dell'altro di fare a meno. Se infatti l'individuo dice alla società: «tu sei creata per me, e perché io possa adempiere col tuo soccorso il mio fine supremo», la società può ben rispondergli, con pari ragione, «tu sei nato per me e perché l'umanità imperitura che io rappresento possa compiere con l'opera degli individui la sua suprema missione»⁽⁷²⁾. Come riuscire a conciliare, dunque, due grandezze oggettive — individuo e società — che lungi dal poter essere espunte alla luce di filosofie parziali si pongono costantemente quali principî d'ordine opposti e complementari? Dove collocare il punto di equilibrio?

È dunque partendo da queste premesse di carattere filosofico che Pescatore ritiene di aver trovato nella dottrina del *jus singulare*

(71) Assoldato d'ufficio da una storiografia risalente alla compagine di quei vecchi epigoni del giusrazionalismo settecentesco che si sarebbero poi convertiti in massa al positivismo giuridico dei Codici, nei quali avrebbero salutato il «trionfo della ragione giuridica naturale» (G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III. *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, Laterza, p. 20), Pescatore è stato giustamente riscoperto come figura più complessa e interessante rispetto a quella tramandata. Di lui, cfr. M. PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, UTET, 1863 e Id., *Filosofia e dottrine giuridiche*, Torino, Fratelli Bocca, 1874. Su di lui cfr. A. TOZZI, *Il pensiero di Matteo Pescatore*, Pisa, Industrie grafiche Lischi, 1953; G. RODDI, *Matteo Pescatore, giurista (1810-1879): la vita e l'opera*, Torino, Centro studi piemontesi, 1986. Altre notizie in C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, II, Torino, Roux e Favale, 1881, pp. 477-478; G. SOLARI, *La vita e il pensiero giuridico di Giuseppe Carle*, in «Memorie della Reale Accademia delle Scienze di Torino», serie II, LXVI (anno 1926-1927), p. 13; L. SINISI, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 286 e, da ultimo, C. BESSO, *Pescatore, Matteo*, in *DBGI*, II, 2013, pp. 1552-4. Ci siamo soffermati su Pescatore in SPINOSA, «*Civili in diversissimo modo*», cit., pp. 230-6.

(72) Cfr. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 19.

la giusta soluzione al dilemma. L'antagonismo tra principio individuale e sociale si rispecchia infatti in un dualismo altrettanto irriducibile che percorre ogni sistema legislativo, quello tra il principio di giustizia e il principio di utilità. Giustizia e utilità: tutti i precetti legislativi si connettono variamente a questi due poli magnetici allo stesso modo in cui possono ricondursi ai due principî d'ordine individuale e sociale. Il perché è presto detto: giustizia è un « principio assoluto » il cui valore « non dipende da un fine che l'uomo propongasì: quel che è giusto è per sé senza riguardo ad altro fine esteriore ». Al contrario l'utilità « è il *rapporto dei mezzi col fine*; epperçì [...] è un concetto essenzialmente relativo ad un fine prestabilito »⁽⁷³⁾. Il campo dell'ordinamento legislativo si troverà così diviso tra precetti che « portano seco la ragione assoluta della loro sussistenza », indipendentemente da « qualunque determinata condizione sociale, da qualunque fine esteriore » perché si fanno subito riconoscere come espressioni del « principio assoluto di giustizia » ed altri che per contro « non portano seco loro la ragione assoluta della propria sussistenza, ma che tendono al conseguimento d'un fine sociale, e tanto valgono quanto la necessità di raggiungere il fine che il legislatore si propone »⁽⁷⁴⁾.

In questo ambiente ontologicamente bipolare, dove ad un estremo stanno le leggi civili (di giustizia assoluta individuale) che si sono riversate per lo più nel Codice⁽⁷⁵⁾ e all'estremo opposto le leggi di pubblica sicurezza (di utilità relativa sociale), a fissare il criterio del loro equilibrio dinamico interviene appunto per Pescatore la dicotomia diritto comune/diritto singolare. In primo luogo la dicotomia non fa che completare e in un certo senso raddoppiare tutte le precedenti. *Commune* sarà allora da definizione il diritto civile codicistico quale serbatoio di quei principî di giustizia che « possono bensì essere riconosciuti, accertati in formole, scien-

(73) Ivi, p. 30 e ss.

(74) Ivi, p. 31.

(75) « Queste verità primitive ed assolute, applicandosi logicamente agli obbietti e casi svariati della vita civile (dominii, diritti reali, servitù, convenzioni, vendite, locazioni, società, ecc.) generano altrettanti principii della cui formale sono pieni i codici delle legislazioni civili il cui complesso costituisce il diritto assoluto [...] ». Cfr. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, cit., p. 496.

tificamente ordinati dai legislatori delle società civili, ma non sono punto creati da essi, né abbisognano delle loro autorità»⁽⁷⁶⁾. E in modo speculare e rovesciato *singulare* diverrà il diritto che: *a*) fondato su ragioni di convenienza e utilità sociale, *b*) derogando ai principi di giustizia (individuale), *c*) «ripete tutta la sua esistenza dall'autorità, dal sovrano volere del legislatore»⁽⁷⁷⁾. Ma soprattutto, in secondo luogo, essa determina il criterio fondamentale in base al quale i due poli possono restare dinamicamente in equilibrio. Intanto vale la regola che vieta ogni espansione logica e analogica del diritto singolare. Divieto che si applica, ancora una volta, non in ragione del carattere eccezionale delle norme singolari, ma perché — savignianamente — figlie di un diritto minore, «anormale»⁽⁷⁸⁾, scrive Pescatore, «affatto positivo»⁽⁷⁹⁾, che se è potere del legislatore introdurre in deroga ad un principio di giustizia civile, di certo non è in potere del giudice estendere oltre i casi espressamente previsti⁽⁸⁰⁾. In seconda battuta il principio di *jus commune* dovrà «essere mantenuto finché la deroga non è pienamente provata»⁽⁸¹⁾. Non basta la semplice probabilità della deroga per silenziare un principio di giustizia civile: «a certezza si contrappone certezza»⁽⁸²⁾. Se dal lato dei principî del Codice ci-

⁽⁷⁶⁾ Ivi, p. 496. Altrove scrive: «Il legislatore può ben raccogliere questi principii, dedurne i corollari, e comporne un Codice [...]; ma propriamente quei principii non hanno per fondamento immediato che l'intuizione della loro verità, che sussiste da sé in modo assoluto, indipendente da considerazioni convenienza e da qualunque dichiarazione legislativa, a cui la verità preesiste». Cfr. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 39.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, p. 40.

⁽⁷⁸⁾ Ivi, p. 57.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, cit., p. 286.

⁽⁸⁰⁾ Nelle materie di *jus singulare*, scrive Pescatore, «la questione è sempre di apprezzamento: ora solo il legislatore è competente a derogare ai principi di ragion giuridica naturale per considerazioni di convenienza che egli sovraneamente apprezza: il giudice usurperebbe *auctoritatem constituentium*, dalla qual sola può ricever vita il jus singulare, se passando da caso a caso si facesse arbitrario estimatore di convenienze, supposte analoghe, ma che il legislatore non ha estimate, e pretendesse il declinare dai principii di ragione in un caso in cui il legislatore non vi ha derogato». PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 57.

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 44.

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 57.

vile vige infatti una sorta di « certezza primitiva ed universale », è evidente che l'onere della prova per la loro eventuale deroga sarà tutta dalla parte del diritto singolare/sociale. I due principi d'ordine non combattono ad armi pari. La battaglia è asimmetrica e va tutta a vantaggio del diritto comune codicistico contro ogni altro intervento legislativo che intenda minarne il primato. In caso di dubbio, tra *utilità sociale* e *giustizia individuale* sarà sempre quest'ultima a dover prevalere. Non attraversa neppure lontanamente il campo visivo di Pescatore l'eventualità che in un futuro neppure troppo lontano una legittima domanda di *giustizia sociale* sarebbe potuta intervenire a spezzare di nuovo l'equilibrio.

4. *Ibridazioni e complicazioni: la lunga crisi della dicotomia.*

È dunque entro un quadro a forti tinte savigniane che in ambiente postunitario viene a compiersi un pezzo importante del processo di costituzionalizzazione del Codice civile. Per quanto paradossale ciò possa apparire, a tale risultato si giunge attraverso una complessa strategia retorica che ha il suo principale punto di atterraggio teorico nella dialettica tra *ius commune* e *ius singulare*. Un dualismo sopravvissuto alla morsa legalistica ottocentesca che per il giurista postunitario trova il suo « momento di validità »⁽⁸³⁾ nella disposizione delle *Preleggi* che fissa il divieto di estensione analogica del diritto penale ed eccezionale. La norma in realtà non parla di diritto singolare, ma tant'è. È motivo sufficiente perché risulti confermata la convinzione che pur unificato sul piano delle fonti, l'ordinamento giuridico sia rimasto pur sempre diviso in due blocchi normativi tra loro antagonisti, di differente tipo e fattura. Il contrasto, di ascendenza savigniana, appunto, tra un diritto *comune* (positivo) perché espressione dei principî della tradizione (giurisprudenziale, romana, nazionale) che il legislatore si è limitato a riconoscere e un diritto *singolare, anomalo* (affatto positivo) non altrimenti riconducibile se non alla decisione utilitaristica del sovrano. Trasferito in ambiente codicistico — abbiamo visto — lo

⁽⁸³⁾ Per l'espressione, valevole in questo caso anche fuori del suo contesto naturale, cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 160.

schema viene a fondare un processo di sovraordinazione⁽⁸⁴⁾ della disciplina codicistica rispetto alla rimanente legislazione che se da un lato tradisce platealmente il desiderio di sottrarre alla dinamica storica un assetto normativo chiaramente congeniale alla difesa di determinati interessi economici e sociali, dall'altro consente di fondare una strategia teorica di contrasto al protagonismo legislativo del tutto comparabile a quella orchestrata da Savigny e dalla Pandettistica.

Se questo è vero, siamo in grado allora di indicare con sufficiente approssimazione le linee di frattura del paradigma, i profili di complicazione e di ripensamento che progressivamente svuotano di contenuto teorico il concetto di *ius singulare*, nel lungo piano inclinato che attraverso la crisi di fine secolo ci riconduce idealmente al nostro punto di partenza. Linee che si intrecciano e sovrappongono in tutte le possibili combinazioni teoriche, ma che osservate dallo specchio retrovisore costituiscono nel loro insieme l'inequivocabile segnale d'autunno del mondo ottocentesco, la fine della illusione di poter rimandare *sine die* un confronto aperto e non pregiudiziale con la realtà sociale.

Il primo punto di distacco è forse quello meno percettibile, ma a conti fatti (come spesso succede) anche quello più importante. Come la caduta della prima tessera di un domino, si incrina il nesso tra singolarità e anomalia. Da un certo momento in avanti comincia cioè a vacillare la convinzione che il fattore discriminante decisivo tra diritto comune e diritto singolare sia la 'diversa origine' (*positiva* o *meramente positiva*) della norma giuridica, che in altre parole possa tracciarsi una linea di demarcazione teoricamente invalicabile tra *ratio* e *utilitas* quali centri generatori di norme giuridiche tra loro ontologicamente differenti. Allo stesso tempo, e simmetricamente, l'elemento che nello schema savigniano era del tutto secondario e accessorio — il carattere eccezionale dei suoi effetti — tende progressivamente a diventare il criterio principale della singolarità. Riconducibile ad un passaggio di testimone interno alla riflessione pandettistica, da Savigny a Windscheid, lo scarto si configura inizialmente come un attacco frontale al con-

(84) In questi termini UNGARI, *L'età del codice civile*, cit., p. 211.

cetto savigniano di ‘puro diritto’: «Ma che cosa è il puro campo giuridico? E tutto il diritto non si fonda appunto sul modo in cui un dato popolo concepisce ed attua giuridicamente la moralità e i bisogni del benessere pubblico e privato?»⁽⁸⁵⁾.

La mutazione genetica della dicotomia prende avvio qui, nel momento in cui, unificato tutto il diritto nel perseguimento del medesimo fine, ovvero sia — per dirla con Windscheid — l’attuazione del bene pubblico e privato, si riduce l’abisso ontologico tra diritto regolare e anomalo, divenendo giocoforza identificare (e lentamente dissolvere) anche dal punto di vista terminologico la singolarità nel concetto di diritto eccezionale: «Regolare — allora — è quel diritto, che è conforme ai principii riconosciuti nel diritto; quando il diritto per speciali motivi, contraddice a questi principii, sorge il diritto eccezionale»⁽⁸⁶⁾.

Certo, l’ambiente è ancora dicotomico e dietro il dualismo di Windscheid agisce ancora con forza la convinzione savigniana di poter frapporre un argine teorico e scientifico al prepotere politico dell’azione legislativa⁽⁸⁷⁾. Ma la misura di contenimento è adesso meno salda di un tempo. Se il parametro di commisurazione dell’anomalia era la realtà oggettiva ‘positiva’ dell’istituto giuridico, adesso tutto tende a giocare all’interno di un giudizio di comparazione tra norme o plessi di norme giuridiche ‘poste’, indistinguibili sul piano ontologico le une dalle altre⁽⁸⁸⁾ e rispetto alle quali è

⁽⁸⁵⁾ Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (1862), I, Torino, UTET, 1886, § 29, p. 84, nota 1.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, § 29, p. 84.

⁽⁸⁷⁾ In una situazione segnata dalla prepotenza dei Codici e dei legislatori — sottolinea a ragione Fioravanti — «Savigny e la pandettistica tedesca lanciarono un’ancora di salvezza: accettare le novità ma non subirle; spiegarle sulla base di principii giuridici dati, contenerle per questa via nel quadro di un’evoluzione storica graduale ed unilineare, senza salti bruschi, senza velleitari tentativi di cancellare d’un colpo il peso dell’evoluzione storica». Cfr. M. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo*, cit., p. 46.

⁽⁸⁸⁾ «Nach seinen Gründen ist das *jus singulare* vom *jus commune* nicht verschieden, etwa so, daß jenes „auf dem reinen Rechtsgebiet“, dieses „auf einem fremdartigen Gebiet“ entspringe. Die Gründe sind hier und dort von derselben Art; dieselbe Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Kunst, Gemeinnützigkeit, die das einmal zur Regel führte, hat ein andermal deren Abbeugung verursacht. So dürfen *jus aequum* und

possibile soltanto (ma certo, non è poco) valutare la continuità o discontinuità con i principî giuridici del sistema. Del resto anche il concetto di legge si è nel frattempo asciugato: «Legge è la pronunzia emanata dallo Stato, che qualche cosa sarà diritto»⁽⁸⁹⁾. Per Savigny la legge viene *dopo* il diritto positivo; si aggiunge a questo come sua manifestazione o specificazione, come il dispiegamento di alcune sue potenzialità inesprese. Altrimenti è anomalia, è un qualcosa che si situa ai margini della giuridicità. Nelle *Pandette* di Windscheid i termini sono pressoché invertiti. La legge viene *prima* del diritto, determina di volta in volta cosa debba essere diritto. Il legislatore di Savigny si muove in uno spazio saturo di diritto positivo. Dietro il legislatore di Windscheid si intravede già quel grande ‘spazio giuridico vuoto’ (*rechtsleerer Raum*) che costituirà uno dei più intricati nodi teorici del primo Novecento.

Intendiamoci, lungi da noi l’idea di condensare in mezza pagina la storia della *Begriffsjurisprudenz*. Per questo rinviamo volentieri ai classici⁽⁹⁰⁾. Quello che vogliamo dire è che alcune potenzialità teoriche al momento inoperative dell’impostazione di Windscheid — il quale vive del resto «alla luce degli ultimi raggi del tramonto del mondo spirituale di Kant e della cultura dell’epoca di Goethe»⁽⁹¹⁾ —, complice la fortuna crescente del metodo pandettistico sul continente avranno modo e tempo di dispiegarsi, finendo per deragliare il dibattito su binari sempre più distanti da quelli originari. In Italia, ad esempio, se Gianturco⁽⁹²⁾ e in parte

strictum (rigor), von denen jedes seine Regeln und Ausnahmen hatte, mit *jus commune* und *singulare* nicht verwechselt werden». Cfr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, 1873, p. 112.

⁽⁸⁹⁾ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., § 1, p. 47.

⁽⁹⁰⁾ Per citare i maggiori, W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), Milano, Giuffrè, 1974; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1960; F. WIEAKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco, Milano, Giuffrè, 1980 e Id., *Diritto privato e società industriale* (1974), Napoli, ESI, 1983; CAPPELLINI, *Systema iuris*, cit.

⁽⁹¹⁾ Citato da LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 32.

⁽⁹²⁾ Di regola — scrive Gianturco — la legge è uguale per tutti ed eguali disposizioni regolano uguali rapporti giuridici, senza riguardo alle persone né agli interessi privati (*jus commune*). «Tuttavia sul fondamento dell’utilitas, o della necessità

Chironi⁽⁹³⁾ sembrano ancora muoversi entro le coordinate tradizionali, per Coviello la dicotomia si è già contratta nella distinzione tra diritto comune e diritto eccezionale, sulla base del principio che «il diritto [sia] sostanzialmente *unico*, o che si guardi alla fonte da cui emana (l'autorità sociale), o lo scopo (regolamento de' rapporti della vita sociale), o si tenga conto dell'intimo e inscindibile legame che stringe gl'individui non solo alla società in genere ma anche allo Stato [...]»⁽⁹⁴⁾. Questo non cambia radicalmente le carte in tavola. Finché il sistema giuridico rimarrà saldo attorno al suo baricentro codicistico, finché sarà possibile rinserire il mutamento storico entro lo schema binario regola/eccezione, confinando nel campo del diritto eccezionale ogni prodotto normativo riconosciuto difforme dalla logica del diritto comune civilistico, lo schema regge. Il problema, al momento invisibile, ma che non tarderà a farsi vivo, è che è il concetto stesso di diritto 'comune' a diventare magmatico e difficile da circoscrivere. Come scrive Caldara, in una sorta di contraddittorio a distanza con Capitani (considerato il fatto che sta parlando da una tribuna analoga), «che una determinata norma giuridica costituisca una deroga ad altra norma più generale è un fatto comune, il quale nulla può influire sulla natura della norma stessa. Anzi, da un certo punto di vista, tutto il sistema giuridico è costituito da una serie di norme

può il potere legislativo introdurre disposizioni contrarie alla ragione del diritto comune (*contra rationem iuris*) per soddisfare peculiari bisogni della religione, della scienza, dell'industria (*ius singulare*) o di singoli individui (*privilegium*)». Cfr. E. GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, Parte generale, vol. I, Napoli, Luigi Pierro editore, 1894², p. 10.

⁽⁹³⁾ In Chironi la dicotomia è ancora tra diritto comune e singolare e rileva ai fini del divieto di interpretazione analogica, ma si presenta non già come distinzione generale, bensì interna al diritto privato. Cfr. G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, Fratelli Bocca, 1912², pp. 12-3.

⁽⁹⁴⁾ «Si dice di diritto comune in contrapposto ad eccezionale la norma basata sui principî generali del diritto, mentre si dice eccezionale quella che devia da' principî fondamentali, ossia contraddice alle conseguenze che da questi deriverebbero, perché si riferisce a rapporti della vita che s'allontanano dai normali. Non è esatto però dire che fondamento del diritto singolare sia l'utilità, perché questa è base di tutte le norme giuridiche». Cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1910, pp. 17-8.

declinanti gradatamente dal generale al particolare. Tutte queste norme, dalla più generale contenuta nella carta costituzionale alla più speciale inserita in una leggina, partecipano ugualmente della natura del diritto comune»⁽⁹⁵⁾. In termini speculari a quelli fissati dalla dottrina postunitaria è il diritto comune adesso la categoria residuale: comune è il diritto «che non è penale, né fiscale, né eccezionale»⁽⁹⁶⁾.

Ricondotta l'anomalia all'eccezione e l'eccezione al diritto⁽⁹⁷⁾, nel quadro di un progressivo riconoscimento del diritto di produzione statale, si determinano le condizioni teoriche per un secondo profilo di commiato dal paradigma savigniano/postunitario: l'ammissibilità dell'interpretazione analogica del diritto singolare. Se il diritto comune partecipa del medesimo orizzonte di utilità entro cui si svolge tutta la dimensione giuridica, allora simmetricamente anche all'eccezione potranno essere riconosciute le sue 'ragioni'. Perché allora limitare l'impiego di uno strumento ermeneutico fondato sul presupposto del carattere razionale della norma giuridica se la singolarità non consiste più nell'irruzione del morbo politico, del germe dell'interesse utilitaristico, nel campo del giuridico, ma dev'essere intesa semplicemente come un centro normativo informato ad una nuova e diversa *ratio*?

Il passo si compie a ben vedere già con Windscheid. Non solo l'interpretazione estensiva in senso stretto — affermava l'autore delle *Pandette* — ma «si andrà ancor più oltre e si dovrà ammettere anche l'interpretazione estensiva in senso lato (analogia). Altrimenti questa verrebbe tutta posta in questione; poiché ogni nuova

⁽⁹⁵⁾ Cfr. E. CALDARA, *Interpretazione delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. VIII, parte II, 1913, p. 754.

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 753.

⁽⁹⁷⁾ Ammessa l'identità strutturale tra regola ed eccezione, non sarà poi così paradossale affermare, con Rossi, che «non esistono eccezioni nel diritto. Esistono regole»; guardando le cose dalla giusta prospettiva, «casi concreti sfuggono ad una data regola, non perché vi facciano eccezione e rimangano a sé stanti, ma semplicemente perché ricadono sotto una regola diversa». Cfr. L. ROSSI, *Un criterio di logica giuridica: la regola e l'eccezione particolarmente nel diritto pubblico*, in «Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia», Parte prima, 1935, p. 192. Su Rossi, cfr. F. LANCHESTER, *Rossi, Luigi*, in *DBGI*, II, 2013, pp. 1738-41.

norma giuridica, che apparisce, si presenta come diritto eccezionale di fronte alle regole di diritto vigenti. Il *SC. Velleianum* stabiliva per fermo *jus singulare*; e come è stato esteso!»⁽⁹⁸⁾. Più che su ragioni di logica aristotelica⁽⁹⁹⁾, tuttavia, l'apertura all'interpretazione analogica del diritto singolare/eccezionale da parte del giurista italiano di primo Novecento sembra fondarsi sul riconoscimento di un dato empirico, sulla constatazione del fatto che ormai le eccezioni al 'sistema' non fossero più interpretabili come un pulviscolo di materiale giuridico a carattere puntiforme, ma costituissero ormai dei conglomerati normativi dotati di una massa sufficiente a dar luogo a nuovi e articolati sistemi 'organici' di diritto. Ed è proprio in questa prospettiva che può trovare spazio l'affermazione che qualora «il diritto singolare formi un sistema organico di nome disciplinanti tutta una materia, ben può anche in esso farsi luogo all'interpretazione analogica per casi non contemplati da norme particolari, ma rientranti nella materia dominata da quel sistema»⁽¹⁰⁰⁾. Dove l'eccezione si arresta non risorge automaticamente il diritto regolare. La struttura complessa dei nuclei di diritto eccezionale posticipa l'intervento dei principî del diritto comune civilistico, lo rinvia al solo verificarsi della eventualità che gli spazi bianchi tra un'eccezione e l'altra non siano colmabili attraverso uno sviluppo analogico della stessa *ratio* d'eccezione.

Ci rendiamo conto di procedere di volo su dinamiche teoriche rispetto alle quali occorre rimandare a futuri approfondimenti.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., § 29, p. 84, nota 3.

⁽⁹⁹⁾ A favore dell'ammissibilità dell'interpretazione analogica del diritto singolare/eccezionale, nel quadro di una complessiva revisione teorica del principio di analogia nel campo del diritto si schiera anche Bobbio, concludendo con la richiesta di liquidazione dell'art. 4 delle preleggi, ritenuto tanto inutile quanto inopportuno. Cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1938, p. 173.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 54-5. Nello stesso senso, per Coviello «anche le norme di diritto eccezionale, quando formano un sistema, sono capaci di applicazione analogica a' casi non contemplati che rientrano nella cerchia de' rapporti da esse regolati e perciò non possono essere retti da quelle di diritto generale, alla cui sfera sottratti. Ciò ch'è eccezione rispetto a una regola, è regola essa stessa per i rapporti che ne formano la materia». Cfr. COVIELLO, *Manuale*, cit. p. 19.

Nell'economia di una semplice segnalazione dei fronti di crisi, può forse essere sufficiente dire che è alla medesima presa d'atto che può essere ricondotta la terza importante strategia di evasione dalla roccaforte del paradigma ottocentesco: l'opzione *quantitativa*. Se la dottrina tradizionale aveva scommesso sull'esistenza di un fossato *qualitativo* a dividere la sfera della giuridicità comune da quella singolare, la riduzione della dicotomia al rapporto tra regola ed eccezione, nel quadro di un gioco orizzontale tra norme giuridiche aventi in sé la medesima struttura, rende lecita l'adozione di un diverso punto di vista in base al quale le due dimensioni non sono più distinguibili se non dal loro peso quantitativo⁽¹⁰¹⁾. Non si tratta di una proposta indolore. Si tratta al contrario dell'emersione a livello teorico-generale, non soltanto di una battaglia per l'autonomia che coinvolge quei settori disciplinari (come l'amministrativo ed il commerciale) la cui crescita ponderale risultava ormai incompatibile con la condizione di subalternità alla quale la dicotomia *communel/singulare* li aveva inchiodati, ma di una vera e propria insofferenza rispetto ad un diritto comune civilistico rimasto impermeabile ad ogni sollecitazione e trasformazione sociale. Da qui la proposta di chi, come Carnelutti, una delle voci più attente in questa fase a leggere i segni dei tempi, invita a disfarsi completamente della dicotomia se applicata ad un dialogo tra norme colte nella loro dimensione statica. Interpretata in prospettiva storica, con l'occhio rivolto quindi alla dinamica dell'ordinamento giuridico, l'alternanza di regola ed eccezione non solo appariva come il moto fisiologico che scandiva il ciclo vitale del diritto,

⁽¹⁰¹⁾ «La eccezione di fronte alla regola si determina come il meno di fronte al più. È dunque inevitabile che legge eccezionale sia quella che si applica nel minor numero di casi; legge generale quella che si applica nel numero maggiore. Basta enunciare queste proposizioni per misurare la irragionevolezza di qualunque precetto di interpretazione fondato sul carattere eccezionale o generale della legge. Perché allora il criterio primo della interpretazione si desume non dalla intima essenza giuridica della legge, ma dal fatto esteriore della ampiezza della sua applicazione. Il che racchiude in fondo un non senso o una petizione di principio». Cfr. F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni* (1904), in ID., *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Volume primo, Roma, Athenaeum, 1913, p. 3. Sulla stessa linea ROMANO, *L'interpretazione*, cit.; A. ROCCO, *Intorno ai caratteri del diritto commerciale*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905.

ma finiva per assegnare proprio al diritto ‘comune’ la posizione di retroguardia:

il diritto si trova in un perenne movimento di evoluzione: la vita si trasforma e il diritto con lei: quel che oggi par la espressione ultima e perfetta di giustizia, si appalesa domani non più rispondente ai bisogni giuridici rinnovati per il rinnovarsi delle condizioni sociali. La regola che oggi appare inattaccabile, si apre domani ad una breve eccezione; e la breve eccezione si allarga, e poi a poco a poco i termini si invertono e la eccezione diventa la regola e la regola eccezione, e il vecchio diritto sparisce insensibilmente per dar posto al diritto che sorge. Questa è la vicenda incoercibile della vita! ⁽¹⁰²⁾.

Lo *ius commune* allora non si può più considerare la sede del ‘vero diritto’. Se la norma « esteriormente eccezionale risponde all’intimo senso giuridico contemporaneo », allora il cd. diritto comune non farà altro che corrispondere alla « consacrazione legislativa di uno stadio di pensiero giuridico decadente, tramontato o sul punto di tramontare! » ⁽¹⁰³⁾. Limitare pertanto la capacità espansiva dell’eccezione avrebbe avuto tanto senso quanto quello di voler arrestare la naturale alternanza tra sistole e diastole del ritmo cardiaco ⁽¹⁰⁴⁾.

Ora, rispetto a questo nuovo punto teorico l’esplosione di normazione ‘eccezionale’ prodotta in occasione del primo conflitto mondiale si sarebbe rivelata un *test* particolarmente impegnativo. Di fronte a quella che è percepita dalla gran parte della scienza giuridica del tempo come un’aggressione senza precedenti all’autonomia e al primato del diritto civile codicistico, anche personaggi di spiccata sensibilità storicistica come Ferrara non avrebbero potuto fare a meno che ribadire, contro l’approccio ‘statistico’ di Carnelutti e compagni, l’immagine del diritto singolare come

⁽¹⁰²⁾ Cfr. CARNELUTTI, *Criteri d’interpretazione*, cit., pp. 7-8. Da una prospettiva integralmente romanistica, la tesi della valenza puramente storica della nozione di *ius singulare* sarebbe stata ripresa efficacemente da Orestano, riducendo il nodo teorico ad un « problema di evoluzione del sistema giuridico ». Cfr. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium*, cit., p. 41.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*. Un testo « di rara espressività storica » lo definisce Grossi. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 126.

⁽¹⁰⁴⁾ In altro contesto, l’immagine è adoperata da P. CAPPELLINI in *One Way System?*, in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), pp. 515-22.

‘anormalità’, come « nota stridente », qualitativamente incomparabile alla regola comune, altrimenti « sarebbe lo stesso dire che se un melomane futurista componesse un’opera tutta a base di dissonanze, per cui la stonatura divenisse regola, ed a questa si sott’ordinassero delle stonature particolari, l’intera opera perciò sarebbe trasformata in musica classica »⁽¹⁰⁵⁾.

A dire il vero, però, il campo di tensione tra fissità e mutamento, tra progresso e tradizione, più che sul piano del diritto singolare/eccezionale aveva già trovato da tempo la sua ideale camera di compensazione teorica nella nozione di *diritto speciale*. È questa, a nostro avviso, l’ultima grande via d’uscita dal paradigma ottocentesco. La sua metamorfosi conservativa e al tempo stesso l’inizio della sua progressiva dissoluzione. Ossia la pensabilità di un *tertium genus* intermedio alla diaspora tra diritto comune e singolare quale contenitore concettuale delle norme non già contrarie o anomale rispetto alle comuni, ma più semplicemente « diverse »⁽¹⁰⁶⁾ e come tali non raggiunte dal divieto di interpretazione analogica. Un espediente ingegnoso per « eludere alle spalle » il divieto dell’art. 4 disp. prel. avrebbe scritto Bobbio⁽¹⁰⁷⁾, attraverso il quale tuttavia diviene possibile, allo stesso tempo, aprire con circospezione alla possibilità di uno sviluppo logico ‘organico’ dello *jus novum*, salvaguardando però l’assoluta centralità, anche disciplinare, dei principî ‘intangibili’ del diritto comune civilistico. Dalla fine degli anni Ottanta la categoria entra stabilmente nei *Manuali* e nei *Corsi* di diritto civile, in corrispondenza dell’incremento dei compiti sociali del nuovo Stato provvidenza⁽¹⁰⁸⁾. Nei censimenti di

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, Athenaeum, 1921, p. 83 e ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. F. DEGNI, *L’interpretazione della legge. Con prefazione del prof. Biagio Brugi*, Napoli, Jovene, 1909, p. 21.

⁽¹⁰⁷⁾ BOBBIO, *L’analogia*, cit., p. 166.

⁽¹⁰⁸⁾ Tra i primi ad ammettere la nozione, con qualche incertezza teorica, è Francesco Saverio Bianchi: « Parlando di leggi speciali, si enuncia bensì un concetto di natura comparativo con altre leggi generali, le cui disposizioni potrebbero regolare anche le materie particolari sottoposte a quelle leggi speciali, qualora esse non esistessero; ma non per questo le dette leggi speciali apportano vere limitazioni al vigore ed all’applicabilità delle leggi generali, poiché il legislatore non sottrae ad esse casi particolari che vi sarebbero compresi, ma giudicando che determinate intere materie parti-

primo Novecento, si considerano ormai parte del diritto speciale (e quindi sottratti alla sfera della singolarità) ampie aree di nuova e vecchia legislazione: dal diritto commerciale alle leggi sul diritto d'autore, dalle leggi su foreste e miniere a tutta la nuova disciplina del lavoro⁽¹⁰⁹⁾. Ad inizio degli anni Venti se ne può parlare come di una «specificazione, uno sviluppo, un complemento del diritto generale, come un rampollo vigoroso dal tronco» del diritto comune civilistico⁽¹¹⁰⁾.

Certo, quale dispositivo teorico di mediazione del conflitto tra la realtà sociale e la sua rappresentazione codicistica, il concetto di diritto speciale riflette pur sempre un atteggiamento 'difensivo' solidale all'*imprinting* individualistico del diritto civile ottocentesco, confermandosi uno «strumento di sostegno dell'immutabilità degli istituti essenziali dell'ordinamento privatistico» che avrebbe ritardato a lungo la ricerca di una «costituzione civilistica più ampia»⁽¹¹¹⁾. In questo senso il concetto di diritto speciale riesce a prolungare gli effetti dello schema savigniano in un quadro normativo ormai impossibile da ricondurre ad una secca alternativa binaria. Allo stesso tempo, però, dal punto di vista strettamente normativo possiamo dire di essere già dentro quel processo di decodificazione del diritto che avrebbe contrassegnato una linea di tendenza del Novecento. Nel '29, la distinzione donatiana tra *legge* e *diritto* speciale registra già il fenomeno della formazione di nuovi autonomi sistemi legislativi, informati a «propri principî generali» tendenti ad abbracciare «in modo organico, ogni aspetto, *pubblico* e *privato*, del rapporto disciplinato»⁽¹¹²⁾, in condizione di parità rispetto agli altri. Il diritto spe-

colari non possano essere convenientemente regolate colle norme del diritto comune, le soggetta invece a regole loro proprie, *non opposte alle generali, ma distinte da esse*. Perciò non può essere rigorosamente applicabile alle leggi speciali quel principio di strettissima interpretazione che vale per le leggi eccezionali». Cfr. F.S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano. Principii generali sulle leggi. Trattato*, Torino, UTET, 1888, p. 55.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 23 e ss.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. FERRARA, *Trattato*, cit., p. 83.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. CAZZETTA, *Scienza giuridica, leggi sociali*, cit., pp. 78 e 157.

⁽¹¹²⁾ Cfr. B. DONATI, *Fondazione della scienza del diritto. Parte prima di una introduzione alla scienza del diritto*, Padova, CEDAM, 1929, p. 224 e ss.

ciale «muore proprio nel momento del suo maggiore trionfo: quando i principî giuridici da esso elaborati entrano nell'ambito del diritto comune», avrebbe scritto qualche anno più tardi Ascarelli⁽¹¹³⁾. La ricerca di un nuovo centro di gravitazione dell'ordinamento era già cominciata.

⁽¹¹³⁾ Cfr. T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, a cura di E. Albertario, Milano, Giuffrè, 1934, p. 457.

IRENE STOLZI

IL SECOLO NUOVO:
GIURISTI E TRADIZIONI
NELL'ITALIA DEL VENTENNIO

1. Storia o tradizione? — 2. Attingere al passato (senza il peso della tradizione). — 3. Continuità e cesure. — 4. Il giurista: un ponte tra storia e tradizione. — 5. Fermare la storia?

1. *Storia o tradizione?*

L'idea è quella di radunare i fili di ricerche svolte negli ultimi anni per sondare un aspetto specifico e ulteriore relativo al rapporto che i giuristi immaginano di intrattenere con la tradizione (o le tradizioni), con il complesso, cioè, di materiali, strumenti, concetti avvertiti come parte di un patrimonio comune, utilizzato per definire tanto l'identità del giuridico, delle sue interne partizioni, quanto l'identità del giurista, del suo ruolo e della sua funzione. Si vorrebbe in particolar modo verificare se e come questo rapporto sia condizionato dalla percezione di un presente avvertito come tempo di forte rottura rispetto a ciò che gli sta alle spalle.

Il tornante cronologico preso in esame è quello che segue il primo conflitto mondiale, conflitto che fu vissuto diffusamente, forse unanimemente, come evento capace di congedare il vecchio mondo e di scavare un fossato profondo tra il prima e il dopo (la «vera fine del XIX secolo», per usare la suggestiva espressione di Ascarelli)⁽¹⁾. Sebbene molte delle questioni apertasi negli anni

(1) T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in «Rivista del notariato», VII (1953), p. 110; v. anche L. MOSSA, che parla di una «nuova storia» aperta dalla guerra, in *Trattato del nuovo diritto commerciale*

della guerra e nei successivi fossero in agenda già a partire dalla crisi di fine secolo, il conflitto apparve ai più un'autentica deflagrazione, il detonatore capace di segnalare il carattere non eccezionale né transeunte degli scenari che nel torno di pochi anni avevano preso forma.

A offrirsi allo sguardo dei contemporanei era un mondo sempre più difficile da spiegare e contenere ricorrendo alle categorie interpretative fino ad allora usate; semplificando molto: se una delle aspirazioni dell'Ottocento era stata quella di tenere a debita distanza Stato e società, di dipingere società e Stato, privato e pubblico, politico, giuridico ed economico come orizzonti autonomi, tendenzialmente non interferenti, guerra e dopoguerra avevano imposto il confronto con un duplice e speculare movimento che sembrava aver fatto saltare steccati e confinazioni abituali. Da un lato, l'esteso intervento dello Stato in campo economico e sociale aveva fatto vacillare l'idea che lo spazio privato fosse uno spazio tendenzialmente inaccessibile (o solo eccezionalmente accessibile) allo sguardo pubblico⁽²⁾. Dall'altro lato, e contemporaneamente, ad aprirsi era stato il confronto con il volto della società di massa, di una società organizzata e conflittuale, che premeva e ur-

secondo il codice civile del 1942, Milano, Società editrice libraria, 1942, p. 47; F. VASSALLI, che attribuisce al conflitto la realizzazione di un'autentica 'rivoluzione silenziosa', *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), in ID., *Studi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. II, p. 339; F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), «il presente conflitto mondiale ha prodotto una tale rivoluzione di idee in tutti i rami delle conoscenze, ha smentito tante teorie economiche, finanziarie e politiche, ha operato una così radicale trasformazione nella vita e nelle relazioni dei popoli ch'esso può dare anche insegnamenti preziosi nel campo del diritto» (ivi, p. 65); ma v. anche un classico come S. ZWEIG, *Die Welt von Gestern. Erinnerungen eines Europäers*, uscito nel 1942.

(2) E se l'intervento nell'ambito delle relazioni economiche e contrattuali veniva riportato, da alcuni, a una forma di «intrusione violenta» dello Stato nell'area privata, l'estensione delle politiche sociali verso soggetti e bisogni fin lì non considerati dal diritto tendeva a rimandare l'opposta immagine di uno Stato benefico; sul punto, mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *Politica sociale e regime fascista*, in «Quaderni fiorentini», 46 (2017), pp. 241-252. Il riferimento all'«intrusione violenta» è tratto da F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1947), in ID., *Studi giuridici*, cit., vol. III, tomo II, p. 750.

geva sullo Stato⁽³⁾, scosso nella sua solitudine sovrana dall'urto di questi nuovi interessi organizzati.

E quella dello Stato assediato fu, non a caso, un'immagine condivisa da voci assai distanti, dagli esponenti di punta del liberalismo ottocentesco (Mosca e Orlando, *in primis*) come — lo si vedrà tra poco — da molti dei futuri giuristi di regime. Assediato lo Stato, ma anche, e non meno, l'individuo, talora rafforzato, talaltra invece indebolito, reso quasi invisibile, dalla forza dei gruppi e delle organizzazioni. In ogni caso: a sembrare anacronistica (o difendibile, ormai, solo attraverso un articolato sforzo argomentativo) era l'idea che l'ordine potesse prodursi grazie all'interazione spontanea tra i termini che contribuivano a comporlo; l'ordine andava ripensato e « costruito »⁽⁴⁾ movendo dalla relazione tra le sue componenti, elevando la relazione a suo elemento distintivo, costitutivo.

I ricorrenti riferimenti alla crisi segnalavano dunque la rilevanza di questo orizzonte interlocutorio che, sollecitando tanto domande sul futuro, sul 'cosa succederà', quanto domande sul passato, sul 'se', 'cosa' (e 'come') resterà, valeva a rendere il presente una dimensione di crocevia capace di legare visioni del (e sul) passato e visioni del (e sul) futuro. È anche per questo, per questa centralità del presente, che i riferimenti alla tradizione tendevano ad apparire un terreno di confronto obbligato: perché la tradizione indica ciò che dal passato arriva al presente, ma soprattutto perché è il presente il luogo in cui si mette a fuoco, si delimita, si decide, ciò che può definirsi tradizione, ciò che rientra (o meno) nell'ambito del *traditum* (sia che il *traditum* venga valutato come una ricchezza che come un fardello di cui sbarazzarsi; sia che — alla Hobsbawm — se ne riconosca l'identità, per dir così, intenzionale, sia che invece venga raffigurata come zona di perpetuazione

(3) « Individui e collettività premono, stringono, urgono: chiedono con minaccia, accettano con dispregio [...] sono collettività che, pur di conseguire un proprio interesse, non esitano a *ferire a morte quelle che sono condizioni essenziali per la salute e la vita dello Stato* »; così V.E. ORLANDO, *Sul concetto di Stato* (1910), in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 221.

(4) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 271.

inerziale di contenuti e motivi, visto che anche simile visione della tradizione è il frutto di una valutazione, di una certa idea che il presente si fa di essa).

Al contempo, in questo tentativo di annodare i fili tra passato, presente (e futuro) sembra prendere corpo un ulteriore contrappunto, quello tra storia e tradizione: dove a essere rilevante, in tal caso, non è tanto il legame col presente, il fatto che anche la storia sia, crociantamente, sempre storia del proprio presente, quanto l'esigenza di modulare il tipo di sguardo che si rivolge in direzione del passato. Anticipando almeno in parte le conclusioni, mi pare che possa dirsi questo: il discorso giuridico tende a chiamare in causa la storia quando ha bisogno di calcare la mano sulla oggettività-impersonalità dei propri assunti, quando ha l'esigenza di riportarli all'operare di un moto sovrastante, tendenzialmente indisponibile agli uomini, alla loro volontà; specularmente, tende a optare per il riferimento alla tradizione quando vuol conferire una connotazione fin dall'inizio valutativa ai materiali che prende in esame, quando cerca un centro di imputazione (positivo o negativo) cui agganciare il proprio punto di vista. È anche attraverso tale modellizzazione del passato (o di ciò che dal passato arriva) che vengono strutturati i discorsi sul presente e sul futuro, che si ricostruisce, cioè, un perimetro semantico capace sia di accogliere una certa interpretazione della crisi presente che di indicarne gli svolgimenti auspicati.

Da un simile osservatorio, è registrabile una prima tendenza che accomuna sensibilità anche molto distanti, la tendenza a dilatare ed omogeneizzare il tempo passato e a conferire, così, caratteristiche forzatamente uniformi a una storia plurisecolare. Era il riferimento alla sovversione di un'idea 'estrastatuale' di diritto privato che, a detta di Filippo Vassalli, perdurava sostanzialmente immutata dai tempi di Giustiniano e che la guerra sembrava aver liquidato con disarmante rapidità⁽⁵⁾; ma era anche, sulla sponda

⁽⁵⁾ «La nuova legislazione bellica e lo spirito della nuova politica economica — sono, appunto parole di Vassalli — battono in breccia quell'ordinamento economico e giuridico che per gran parte immutato durava dai codici di Giustiniano nei nostri»; e ancora: «Il diritto privato, quale ereditammo dai romani, è indipendente dall'organiz-

dei giuristi di regime, il «noi, finalmente, col fascismo superiamo il medioevo», pronunciato da Alfredo Rocco in un suo discorso in Parlamento del 1925 ⁽⁶⁾.

Laddove questa modalità di rappresentazione del passato — ma è forse superfluo rilevarlo — serviva a sottolineare la potenza scardinante del presente e la conseguente necessità di aprire il confronto con un tempo nuovo, con un futuro ancora tutto da scrivere; ma costituiva anche, e non meno, la premessa che consentiva di introdurre e avallare una certa interpretazione del tempo passato e dello stesso rapporto tra storia e tradizione (sia pure nei termini estremamente schematici che si sono indicati poco sopra).

Ed era proprio a partire da qui, come è facile intuire, che le analogie tra Rocco e Vassalli si esaurivano. Per Rocco infatti, la storia, il dato presentato come suscettibile di rilevazione oggettiva, era il luogo che permetteva di entrare in contatto con quel tarlo individualistico che ai suoi occhi aveva caratterizzato e corrosato il cammino della civiltà europea dalla caduta dell'Impero romano d'occidente in avanti («La verità è che ancora oggi, dopo quindici secoli, noi riscontriamo gli effetti della disgregazione sociale e politica che seguì il crollo dell'Impero Romano») ⁽⁷⁾. Nessuna delle teorie e delle esperienze politiche da allora elaborate o sperimentate era stata capace, per Rocco, di garantire la prevalenza del «principio dell'organizzazione, rappresentato dallo Stato» sul «principio della disgregazione, rappresentato dagli individui e dai gruppi» ⁽⁸⁾. Medio evo, rivoluzione francese, liberalismo e socialismo non incarnavano, in tale prospettiva, stagioni differenti della

zazione statale»; così VASSALLI, *Della legislazione di guerra*, cit., p. 341 e p. 361; *Estrastatalità del diritto civile* è, come noto, il titolo di un suo saggio del 1951 (in ID., *Studi giuridici*, cit., vol. III, p. 755 e ss.).

⁽⁶⁾ A. ROCCO, discorso alla Camera dei Deputati del 16 Maggio del 1925 (presentando la legge sulle associazioni segrete), in ID., *Scritti e discorsi politici*, Milano, Giuffrè, 1938, vol. III, p. 798.

⁽⁷⁾ A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati* (1920), in ID., *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. II, p. 634.

⁽⁸⁾ Ivi, p. 633; v. anche ID., *L'indomani della neutralità* (1915), in ID., *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. I, p. 242 («Socialmente l'Italia è malata di *individualismo disgregatore*»).

storia europea, ma semplici variazioni sul tema dell'individualismo⁽⁹⁾ (lo stesso liberalismo viene definito, come noto, il «fratello maggiore del socialismo») ⁽¹⁰⁾.

Questo cammino plurisecolare, il cui bilancio appariva a Rocco del tutto fallimentare, si era prodotto anche (soprattutto) perché assistito, corroborato e sostenuto da teorie che avevano tessuto il filo di una tradizione incapace di affrontare davvero il problema dell'autorità, che era poi il problema della relazione tra potere e società, della ricerca di una modalità di relazione tra i due poli che garantisse la prevalenza della forza centripeta dello Stato sulle spinte centrifughe prodotte dagli elementi disgregatori.

Dare senso alla cesura novecentesca, evitare di disertare nuovamente l'appuntamento con la storia significava dunque attivarsi per colmare questa risalente tara individualistica, prendendo anzitutto congedo da una tradizione che non era stata capace di doppiare un simile obiettivo. A servire era, insomma, un intervento deciso, costruttivo, capace di trasformare la crisi di cui tutti parlavano in un'occasione autentica di rinnovamento (a servire, a dirlo è sempre Rocco, era una «rinnovazione totale dell'idea dello Stato» ⁽¹¹⁾). Non bastava, non poteva bastare, il solo moto spontaneo della storia, né l'energia autonomamente sprigionata dalla crisi; serviva invece uno scatto forte, reso ancor più essenziale dal volto assunto dalla nuova società di massa («le cose sono [...] mutate profondamente il giorno in cui le masse sono entrate nella vita dello Stato» ⁽¹²⁾).

E che fosse quello del governo delle masse il problema cruciale del XX secolo costituiva un assunto condiviso dalla variegata

⁽⁹⁾ ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati*, cit., p. 633 e ss.

⁽¹⁰⁾ A. ROCCO, F. CARLI, *I principi fondamentali del nazionalismo economico*, in *Il nazionalismo economico*, relazioni al III Congresso dell'associazione nazionalista, Bologna, Neri, 1914, p. 64.

⁽¹¹⁾ A. ROCCO, *Programma politico nazionale* (1921), in ID., *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. II, p. 652.

⁽¹²⁾ A. ROCCO, discorso al Senato del Regno del 19 dicembre del 1925 (discutendosi della legge sulle prerogative del Capo del Governo), in ID., *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. III, p. 927.

e litigiosa galassia dei giuristi di regime (anche da altri giuristi, come è ovvio, e come si dirà). Gli strali destinati da alcuni di essi al pur fascistissimo Costamagna, ritenuto fautore di una «passatistica forma di autoritarismo sociale»⁽¹³⁾, si spiegavano col fatto che Costamagna sembrava rimanere ancorato a una visione meramente quantitativo-repressiva dell'autorità dello Stato. Del pari, era dalla stessa sponda ideale che Kelsen veniva definito, come noto, un «ateo dello Stato»⁽¹⁴⁾, fautore di una concezione meramente procedurale, accontentutistica, dell'ordinamento, mentre l'unico modo per salvare l'autorità dello Stato era mettere a fuoco i contorni di un potere capace di affermarsi non solo (e non tanto) come «forza», ma soprattutto come «idea»⁽¹⁵⁾, come dimensione caratterizzata fin dall'origine dalla presenza di contenuti e ideali intorno ai quali radunare l'intera vita nazionale.

La centralità rivestita (e ben oltre la cerchia dei giuristi militanti) dal tema della funzione di governo, testimoniava la rilevanza di tale cambio di prospettiva: essa non si accodava infatti alle tre funzioni tradizionali ma in qualche modo le precedeva rappresentando la zona deputata a identificare direzioni e finalità dell'azione statale, la zona chiamata a costruire lo stesso legame tra Stato società, a spostare questo legame sul piano dei fini, della comune tensione verso l'insieme di obiettivi reputato tipico e distintivo di una certa esperienza storica⁽¹⁶⁾. Fuori da una simile traiettoria non sembrava vi fosse spazio per ripensare le coordinate dell'ordine; del resto, l'agonia dello Stato liberale poteva essere imputata a due aspetti strettamente correlati: al suo «agnosticismo»⁽¹⁷⁾ e alla

(13) A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, relazione tenuta nel 1932 al secondo convegno di studi sindacali e corporativi, poi pubblicata in «Nuovi studi di diritto, economia, politica», VI (1932), p. 103.

(14) G. MAGGIORE, *Quel che resta del kelsenismo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. I, p. 63.

(15) A. ROCCO, *La resistenza civile* (1917), in ID., *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. I, p. 412.

(16) Per un esame congiunto di profili diversi (da Mortati a Panunzio, da Volpicelli a Crisafulli) ma ugualmente convinti che fosse sul piano della funzione di governo che dovesse ricostituirsi l'identità dello Stato, come identità unitaria (e dinamica), mi permetto di rinviare a STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 96 e ss.

(17) «Lo Stato fascista non è agnostico [...] ha la sua morale, la sua religione, la

«lontananza delle forze sociali dalla costituzione statale»⁽¹⁸⁾ dovuta all'«incapacità dello Stato liberale-democratico a sussumere, entro la sua suprema potestà sovrana, la nuova realtà sociale prodottasi nell'età contemporanea»⁽¹⁹⁾.

E lo Stato totale, benché oggetto, a sua volta, di accese discussioni tra gli stessi giuristi fascisti, era sostanzialmente questo, un potere finalmente capace di organizzare, e di riportare sé, alla propria visione del mondo, lo spazio individuale e sociale: anche quando non si arrivava a vagheggiare, come fece una parte della riflessione di matrice idealistica, lo Stato *in interiore homine* e, con esso, l'impossibilità di percepire l'autorità come altro da sé, come potere eteronomo, anche quando, insomma, non si varcò la frontiera della compiuta introiezione dell'autorità⁽²⁰⁾, lo Stato totale era comunque espressione di un potere interessato a sussumere nei propri ranghi l'intera vita sociale, era un potere capace di controllare la società, ma anche di guadagnarne il consenso impregnandola dei valori e degli ideali della nuova italianità fascista (che poi non si avesse, di questi valori e ideali, una visione univoca è un diverso e ulteriore problema).

Ad essere inseguita e immaginata, dagli autori occupati a mettere a fuoco le frontiere di un potere con simili caratteristiche, era dunque una doppia discontinuità, una discontinuità, cioè, che coinvolgesse tanto la storia quanto la tradizione, tanto l'orizzonte presentato come oggettivo della crisi attuale degli ordinamenti e della sua risalente incubazione, quanto l'orizzonte 'umano' incarnato da quel patrimonio di concetti e strumenti che aveva contri-

sua missione politica nel mondo, la sua funzione di giustizia sociale, infine il suo compito economico», così A. ROCCO, *Introduzione* a ID., *La trasformazione dello Stato*, in ID., *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. III, p. 779.

⁽¹⁸⁾ G. BOTTAI, *Politica e scienza economica nella concezione corporativa*, prolusione al Corso di politica corporativa, pronunciata presso l'Università di Pisa il 25 Gennaio 1930, in «Il diritto del lavoro», IV (1930), p. 11.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰⁾ Sul punto v., a es., U. SPIRITO, *L'iniziativa individuale* (1932), in *Giuseppe Bottai e Critica Fascista*, a cura di F. Malgeri, vol. II, S. Giovanni Valdarno, Landi, 1980, p. 790 e A. VOLPICELLI, *Polemizzando con Hans Kelsen*, in «Nuovi studi di diritto, economia, politica», III (1929), p. 253 e ss.

buito, in modo ugualmente decisivo, a quella crisi. Solo che tale doppia discontinuità, poteva essere conseguita esclusivamente in forza di un rinnovamento che non risparmiasse alcun fronte, normativo, ideale, istituzionale (e rispetto al quale la stessa riflessione giuridica si candidava a svolgere un ruolo di deciso protagonismo). Il « noi col fascismo finalmente superiamo il medio evo » pronunciato da uno dei più zelanti, lucidi ed efficienti architetti dello Stato nuovo costituiva quindi l'enfatica rivendicazione di un impegno, non solo teorico, volto a riscrivere i contorni dell'autorità e a ripensarne le modalità di relazione col momento sociale.

2. *Attingere al passato (senza il peso della tradizione).*

Era a partire da questa ostentata cesura, dall'orizzonte, presentato come assorbente, della rottura, che si articolava e increspava il rapporto con i materiali del passato (Pietro Costa ha parlato, in proposito, di « appropriazione selettiva dei materiali della tradizione »⁽²¹⁾). Da quel passato, a volte dipinto come storia, altre volte come tradizione, venivano attinti esperienze, termini, concetti, figure utilizzati sempre come materiali da costruzione, come elementi per la composizione di un paesaggio inedito che rivendicava consapevolmente la propria originalità.

Si pensi alla lettura che venne offerta di alcune sequenze della allora più recente storia italiana, sequenze ritenute capaci di fornire ispirazione ed esempio per l'edificazione del futuro ordine fascista; il riferimento va, in particolare, alla grande guerra (prima ancora che alla vittoria mutilata) e alla vicenda risorgimentale (chiarissime, in tal senso alcune celebri pagine di Giovanni Gentile)⁽²²⁾, a due stagioni, cioè, che avevano saputo coagulare l'intera nazione attorno uno sforzo comune, che erano state capaci di realizzare un *idem sentire* irrobustendo i legami infrasociali non meno

(21) P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 100.

(22) G. GENTILE, *Fascismo identità di Stato e individuo* (1927), in *Il fascismo. Antologia di scritti critici*, a cura di C. Casucci, Bologna, il Mulino, 1982, p. 250 e ss.; per il legame tra questa visione e le immagini dell'ordine giuridico, v. COSTA, *Civitas*, IV, cit., p. 232 e ss.

che i legami tra società e istituzioni. Ma queste escursioni in un passato 'buono', servivano in ogni caso a corroborare la necessità del salto, della cesura consapevole e consapevolmente costruita: l'eredità di simili esperienze, infatti, poteva essere raccolta e tesaurizzata solo attraverso una impegnativa opera di ingegneria costituzionale e istituzionale incaricata di replicare e perpetuare, rendendola stabile, quella 'saldatura' ⁽²³⁾ tra Stato e società, che si era realizzata sull'onda degli eventi nel periodo risorgimentale e della guerra.

La stessa nazione, che tanta letteratura risorgimentale (a sua volta 'inventando' una tradizione) aveva raffigurato come dimensione preesistente allo Stato (allora inesistente), come comunanza di costumi, mentalità, carattere, etnia ⁽²⁴⁾, non assumeva più, nelle pagine degli autori impegnati a mettere a fuoco i contorni dello Stato totalitario, le sembianze del presupposto, del dato originario; assumeva piuttosto le opposte fattezze dell'esito, del risultato conseguibile se e in quanto fosse andato a buon fine quel processo statale di (ri)costruzione dello spazio sociale chiamato a creare un senso di comune appartenenza e di comune militanza per la causa fascista ⁽²⁵⁾.

Altre volte, invece, i richiami a storia e tradizione venivano utilizzati per fondare una certa interpretazione del fascismo, per conferire al fascismo il volto di (unico) esito possibile e benefico della (più o meno) recente storia europea. Due esempi; il primo: nel novembre del 1930, nell'occasione solenne dell'inaugurazione dell'anno accademico pisano, Giuseppe Bottai affrontava la questione del rapporto tra rivoluzione francese e rivoluzione fascista.

⁽²³⁾ VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo*, cit., p. 359.

⁽²⁴⁾ Sul punto, v. P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, Esi, 1967; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, III, *L'età liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 211; ID., *Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale*, in *Retiche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013, p. 163 e ss. e F. COLAO, *L'idea di 'nazione' nei giuristi italiani tra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini», XXX (2001), pp. 255-360.

⁽²⁵⁾ V., a es., A. ROCCO, *La resistenza civile* (1917), in ID., *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. I, p. 412; ID., *Nazionalismo e fascismo* (1923), ivi, vol. II, p. 733.

L'intento argomentativo che ispirava il testo, peraltro molto noto e molto commentato, era chiaro, dichiarato: si trattava di evitare che la frontale opposizione ai principi della rivoluzione francese che «noi con giovanile e guerriera baldanza abbiamo sostenuto», inducesse, «specialmente fuori d'Italia», a «farci passare per retrivi e tardigradi», col rischio di alimentare «una specie di disistima internazionale» nei confronti del regime⁽²⁶⁾.

Vi era dunque bisogno di accreditare il fascismo come parte integrante della storia europea e non come sua escrescenza eccentrica; non solo: vi era l'esigenza di accreditarlo come fenomeno consapevole delle caratteristiche del proprio tempo, capace di raccogliere le sollecitazioni e di trasformarle in proposte per il futuro (lo Stato corporativo, nota Bottai in conclusione, poteva ben considerarsi lo «sbocco fatale della storia moderna»⁽²⁷⁾). Movimento di avanguardia, insomma, non di reazione passatistica. Di più: il fascismo poteva ambire a dichiararsi l'erede autentico della rivoluzione francese se solo si fosse riusciti a distinguere, in essa, un'anima immortale da un'anima viceversa effimera, destinata a non sopravvivere molto agli entusiasmi rivoluzionari. Il lascito imperituro che l'89 aveva consegnato ai posteri era rappresentato, per Bottai, dalla «negazione del privilegio»⁽²⁸⁾, dall'abbattimento di quell'ordine cetuale che aveva imbrigliato e compresso la sovranità dello Stato. A emergere dalla rivoluzione era stato dunque il volto di uno Stato finalmente sovrano, il volto di un potere — e questo era il salto di piano, del tutto indebito, in virtù del quale lo Stato postrivoluzionario si candidava a diventare una sorta di Stato totalitario *ante litteram* — «in cui il cittadino [...] trov[ava] una regolamentazione effettiva e totale della sua vita»⁽²⁹⁾.

Questa acquisizione centrale, ricca di futuro, era stata tuttavia appannata — nell'interpretazione di Bottai — da alcune idee fallaci delle quali la rivoluzione francese era rimasta prigioniera;

⁽²⁶⁾ G. BOTTAI, *Dalla rivoluzione francese alla rivoluzione fascista*, contributo letto a Pisa il 10 novembre 1930 in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico, in ID., *Esperienza corporativa*, Firenze, Vallecchi, 1934, pp. 569-570.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 577.

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 572.

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 577.

prima su tutte l'idea che i diritti individuali potessero essere considerati diritti naturali, non solo spettanti all'individuo prima e a prescindere da ogni legame con lo Stato, ma addirittura capaci di limitarne e vincolarne il potere⁽³⁰⁾. Una simile, censurabile, visione, che aveva funzionato da «leva [...] per scardina[re] e frantum[re] l'ordinamento feudale del privilegio e l'ordinamento assolutistico»⁽³¹⁾, aveva però finito per insediare nell'ordinamento, a rivoluzione fatta, l'idea che l'individuo fosse pensabile a prescindere dallo Stato e che «l'ordine giuridico [...] non fosse altro che] il sistema di limiti che difendono il cittadino dallo Stato»⁽³²⁾. Con la conseguenza che lo Stato «restava immobile e lontano, per non invadere la vita dei singoli»⁽³³⁾ condannandosi, in tal modo, a perdere terreno, rinserrato in un pericoloso isolamento che lo avrebbe presto condotto a un irreversibile declino.

Il secondo esempio: di nuovo il riferimento va ad Alfredo Rocco; nell'illustrare due leggi fondamentali per la trasformazione dello Stato — quella del 1925 sulle prerogative del Capo del governo e quella del 1926 sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche⁽³⁴⁾ — leggi che spostavano sul Governo l'asse dell'ordinamento conferendo decisa centralità alla posizione del suo Capo, Rocco mirava a presentare il fascismo ora come tutore della lettera dello Statuto, ora, viceversa, come regime capace di interpretare il proprio tempo emancipandosi dal tenore letterale della Carta Costituzionale.

Anche in tal caso era evidente l'intento retorico che animava le parole del Guardasigilli: dopo aver ribadito che i regimi parlamentari si attagliavano alle sole società politiche elitarie, mentre nelle società di massa paralizzavano l'autorità dello Stato, diventando cassa di risonanza di conflitti e contrapposizioni⁽³⁵⁾, Rocco

⁽³⁰⁾ Ivi, pp. 574-576.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 574.

⁽³²⁾ Ivi, p. 575.

⁽³³⁾ *Ibidem*.

⁽³⁴⁾ Si tratta, come noto, della legge n. 2263 del 24 dicembre 1925 sulle Attribuzioni e prerogative del Capo del Governo e della legge n. 100 del 31 gennaio del 1926 sulla Facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche.

⁽³⁵⁾ ROCCO, *Introduzione*, cit., pp. 783-784.

presentava la legge sulle prerogative del Capo del governo come norma che «riconsacra[va...] il principio già contenuto nello Statuto, ma per lunga tradizione dimenticato, che il Governo del re è emanazione del potere regio e non già del Parlamento»⁽³⁶⁾. Rispettare lo Statuto significava dunque rispettarne la lettera, respingendo quella evoluzione in senso parlamentare del sistema costituzionale che si era potuta insediare anche grazie al decisivo apporto della riflessione giuridica.

Nel presentare la legge per dir così gemella, quella sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche, il Guardasigilli puntava invece sull'argomento speculare: non si trattava infatti di tornare alla lettera dello Statuto ma di formalizzare una prassi — il ricorso alla decretazione da parte del Governo — già ampiamente insediata nell'ordinamento: «in realtà il presente disegno di legge — dirà nel giugno del 1925 alla Camera dei deputati — non vuol tanto innovare quanto sistemare [...] lo stato di fatto oggi [esistente] in Italia», dal momento che «in materia costituzionale, i precedenti e le consuetudini hanno fondamentale importanza»⁽³⁷⁾. E ancora: «Il fatto che, anche sotto l'impero delle Costituzioni emanate nella prima metà del secolo decimonono e ispirate ai principi della più rigida separazione dei poteri, si sia dovuto in tutti i paesi ricorrere all'uso dei decreti-legge non è senza significato. La realtà vince sempre sui principi astratti»⁽³⁸⁾. Non siamo noi — concludeva — i «bigotti del diritto costituzionale»: noi «siamo [...] le vestali del diritto costituzionale [...] i custodi dello Statuto e gli assertori dei principi fondamentali del nostro diritto pubblico»⁽³⁹⁾.

Il fascismo non si ergeva pertanto a custode del significato autentico di un testo, ma di una prassi che, scavalcando il testo, si era affermata rispondendo agli imperiosi richiami della realtà. Quindi: in un caso il testo era sacro, violato dall'evoluzione (per

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 786.

⁽³⁷⁾ A. ROCCO, discorso alla Camera dei deputati del 20 giugno 1925, in *Id., Scritti e discorsi politici*, cit., vol. III, p. 897.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 901.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 897.

Rocco dall'involuzione) della dinamica istituzionale (assistita, in ciò, dalla complicità della dottrina); nell'altro caso, il superamento del testo non appariva soltanto possibile, ma doveroso, attesa la sensibilità storica del fascismo, la sua capacità di farsi interprete dei mutati tempi.

Osservazioni non troppo diverse sembra che possano essere svolte in riferimento al modo con cui si scelse di maneggiare altri concetti e materiali del passato. Si pensi al territorio dei diritti e delle libertà individuali e più in generale alle strade imboccate per tematizzare ruolo e funzioni dello spazio privato del diritto. In proposito, si poteva riconoscere che lo statualismo ottocentesco, fondando i diritti soggettivi sulla teoria dell'autolimitazione dello Stato, avesse corretto le precedenti distorsioni giusnaturalistiche rimettendo nell'ordine corretto le pedine (prima lo Stato, poi l'individuo e i suoi diritti)⁽⁴⁰⁾. Ma anche così rimodellato, lo spazio dei diritti e delle libertà continuava a esser concepito come spazio protetto, e protetto, è il caso di dire, da una certa concezione della storia, del suo divenire, dall'idea che la storia fosse il grembo che aveva dato vita tanto allo Stato, alla benefica presenza di un potere sovrano, quanto a certi diritti e libertà del soggetto, diritti e libertà che lo Stato era tenuto a rispettare proprio per non rinnegare il ruolo della dimensione (la storia) che lo aveva generato⁽⁴¹⁾.

Mentre, dalla prospettiva dei giuristi di regime una simile visione, per quanto orientata a valorizzare il ruolo dello Stato, recava ancora su di sé le tracce di una concezione individualistica della convivenza, non ancora capace, come tale, di garantire al centro sovrano un autentico protagonismo. E se ormai le caratteristiche assunte dalla società di massa rendevano difficile considerare la sovranità lo scontato punto di partenza di ogni discorso sullo Stato e tendevano a renderla immaginabile solo quale esito dinamico di un progetto di governo chiamato a convogliare verso il centro tutte le energie individuali e sociali, il discorso su diritti e libertà

⁽⁴⁰⁾ Chiaro in tal senso BOTTAI, *Dalla rivoluzione francese*, cit., p. 574.

⁽⁴¹⁾ Cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 130-131.

non scompariva dall'orizzonte teorico dei giuristi di regime; cambiava però radicalmente pelle.

Era l'idea di un Volpicelli che l'uomo fascista potesse contare su una «libertà superiore» (la libertà del «*socius*») ⁽⁴²⁾, derivante dalla fine del diritto privato e dalla conseguente, integrale pubblicizzazione del giure («tutto il diritto è, per definizione, pubblico» ⁽⁴³⁾). Libertà superiore in quanto condizione di un individuo che, avendo introiettato l'autorità ed essendosi compiutamente immedesimato con essa, non viveva lo Stato come dimensione 'altra' dalla quale potesse servire anche difendersi.

Ma pure quando ci si tenne lontani dalla frontiera dell'immedesimazione, libertà e diritti tendevano comunque ad essere concepiti come dimensioni, se non residuali, certo condizionate, destinate a sopravvivere nella misura in cui apparissero compatibili con il nuovo e pervasivo volto dell'autorità statale. A essere apertamente teorizzata fu infatti una decisa strumentalizzazione dell'individuo e del suo spazio rispetto alle finalità dello Stato, ai suoi nuovi compiti di demiurgia sociale. Considerato elemento «infinitesimale e transeunte» ⁽⁴⁴⁾ della dinamica socio-politica, l'individuo acquisiva senso e visibilità in quanto funzionale alle esigenze del tutto: «il Fascismo — è sempre Rocco a dirlo — non vuole l'annullamento dell'individuo, anzi desidera il suo sviluppo, in quanto vuole *utilizzare l'individuo*, con tutte le sue passioni e le sue aspirazioni, nell'interesse sociale» ⁽⁴⁵⁾. E se, a tal fine, era indispensabile che l'individuo avesse una «ragionevole libertà», questo avveniva soltanto perché «la libertà e[ra] una concessione dello Stato fatta non nell'interesse dell'individuo, ma nell'interesse dello Stato,

⁽⁴²⁾ A. VOLPICELLI, *Corporativismo e scienza del diritto. Risposta al prof. Cesarini Sforza*, in «Archivio di studi corporativi», III (1932), p. 439.

⁽⁴³⁾ A. VOLPICELLI, *I fondamenti ideali del corporativismo*, in «Archivio di studi corporativi», I (1930), p. 210.

⁽⁴⁴⁾ Si tratta di un'espressione più volte utilizzata da Rocco; v., a es., A. ROCCO, *Dall'economia liberale e socialista all'economia fascista della Carta del Lavoro*, in «Politica sociale», II-IV (1930-1932), p. 360.

⁽⁴⁵⁾ A. ROCCO, *La formazione della coscienza nazionale dal liberalismo al fascismo* (1924), in Id., *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. II, p. 766.

a cui preme che l'individuo sia libero perché possa sviluppare al massimo grado le sue facoltà»⁽⁴⁶⁾.

Lo spazio privato quindi sopravviveva, se sopravviveva, come spazio comprimibile, cedevole⁽⁴⁷⁾, che in ogni caso escludeva la possibilità per l'individuo di muoversi liberamente nelle zone non normate: «l'ordinamento giuridico dello Stato — così Sergio Panunzio — [...] è completo e chiuso [...] in caso di mancanza di una norma espressa [...] non vale il principio che essi [i cittadini] siano liberi di agire secondo il loro arbitrio, sebbene vale la norma che essi devono agire sempre entro i limiti dell'interesse dello Stato e per attuare il suo fine»⁽⁴⁸⁾.

Destinatario non solo di attività poliziesco-repressiva ma di rilevanti azioni di politica sociale (che toccavano, come noto, la stessa organizzazione del tempo libero), l'individuo stava al centro di una trama di interventi che sembravano avere una duplice e concomitante vocazione: per un verso essi servivano a compensare, o quanto meno rendere meno percepibile, l'avvenuta compressione dello spazio dei diritti e delle libertà; per l'altro verso, essi dovevano contribuire, in positivo, alla costruzione dell'italiano nuovo, dell'italiano imbevuto dei valori veicolati dal regime.

Si pensi anche — si tratta di osservazioni che già altre volte ho formulato — agli stessi, ricorrenti, riferimenti all'organismo e alla gerarchia, all'esigenza di pervenire a una strutturazione organica e gerarchica della convivenza, riferimenti che non servivano più a indicare il processo di naturale distribuzione, lungo la piramide sociale, delle diseguaglianze tra gli uomini, ma indicavano l'esito di quell'attività statuale di organizzazione dello spazio sociale e politico volta a garantire che ognuno svolgesse la funzione ritenuta più confacente alla salute e alla potenza del tutto, dell'organismo.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁷⁾ In questo senso anche G. MAGGIORE, *L'aspetto pubblico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», II (1922), p. 132.

⁽⁴⁸⁾ S. PANUNZIO, *I principi generali del diritto fascista*, in ID., *Motivi e metodo della codificazione fascista*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 30.

E ancora, sempre nel medesimo solco: lo Stato fascista veniva talora definito come lo stato autenticamente democratico o autenticamente rappresentativo, perché espressione di un potere che per la prima volta si occupava sul serio delle masse legandole stabilmente a sé e non appagandosi del contatto, puntuale ed estemporaneo espresso dal momento elettorale⁽⁴⁹⁾. Di qui, una rilevante torsione dell'argomento elitista: se nel 1925, in occasione della discussione della legge sulle prerogative del Capo del Governo, Gaetano Mosca, che al ruolo delle *élites* politiche aveva destinato pagine decisive, si stupiva, accorato, che toccasse proprio a lui di celebrare «l'elogio funebre del sistema parlamentare» di un sistema, verso il quale aveva «adoperato sempre una critica aspra»⁽⁵⁰⁾, nel 1928, Alfredo Rocco si appellava astutamente alla insufficiente maturità politica delle masse, alla loro tendenza a rimaner preda di personaggi «intriganti e demagoghi»⁽⁵¹⁾, per giustificare una riforma elettorale (quella del famigerato «listone») che espropriava completamente l'elettorato di ogni possibilità di scelta. Il fascismo, dunque, come regime che mostrava di aver saputo conciliare l'esigenza di procedere a un'adeguata selezione della classe dirigente con la presenza del suffragio universale (maschile).

⁽⁴⁹⁾ Sul punto, mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 121 e ss. e p. 173 e ss.

⁽⁵⁰⁾ G. MOSCA, *Prerogative del Capo del Governo*, discorso pronunciato al Senato del Regno il 18 dicembre del 1925, in ID., *Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare*, Bari, Laterza, 1949, p. 282.

⁽⁵¹⁾ A. ROCCO, Relazione sul disegno di legge, letta alla Camera dei Deputati il 28 febbraio 1928, in ID., *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. III, p. 933; estesamente: «Il problema del Governo non si risolve dunque mai affidandosi ad una illusoria volontà delle masse, si risolve con una buona scelta degli spiriti dirigenti [...] se un buon sistema di selezione non è organizzato, la forza naturale delle cose porta spesso alla direzione delle masse i meno degni [...] Rimettere pertanto completamente la scelta dei candidati e dei deputati nelle mani del corpo elettorale, costituito da un ammasso indifferenziato di individui eterogenei, significa in realtà abbandonare quella scelta nelle mani di pochi, intriganti, autodelegatisi a guide e maestri spirituali delle masse» (*ibidem*).

3. *Continuità e cesure.*

Al termine di questa breve e sommaria rassegna, qualche riflessione; la prima e più immediata considerazione che viene alla mente è la seguente: anche i cantori dello Stato nuovo, anche chi asseriva la necessità di una svolta epocale chiamata a lasciarsi alle spalle, in un sol colpo, secoli di storia e una consolidata tradizione di pensiero, non riusciva a sfuggire alla tentazione di percorrere una strada già molte volte praticata, quella di legittimare il proprio discorso attraverso materiali e concetti tratti dal passato, seppure trasfigurati, spesso, nel loro significato⁽⁵²⁾. È una via — lo si è visto con i rapidi esempi riportati sopra — che consentiva di soddisfare due esigenze potenzialmente in contraddizione: che consentiva, cioè, di rimarcare la novità del fascismo ma anche di collocarlo nel solco della storia europea (accreditandolo anzi — si è detto dianzi — come suo sbocco fatale).

La seconda considerazione: una simile modalità di chiamare in causa storia e tradizione può rappresentare anche la via per avvicinare una questione a lungo (e tuttora) dibattuta dalla storiografia, la questione del rapporto tra l'anima statualistica (o direttamente statualistico-autoritaria) del discorso giuridico ottocentesco e le visioni fasciste dello Stato. Anche se non si è mai immaginato di poter stabilire un rapporto di diretta continuità tra le due visioni ed esperienze, talora si è evidenziato come il discorso ottocentesco potesse costituire un terreno fertile (o almeno non ostile) a recepire il 'carico' autoritario che di lì a poco vi avrebbe messo il fascismo. Del resto, la teoria dell'autolimitazione dello Stato, la visione della rappresentanza come mera designazione di capacità, come funzione esercitata nell'interesse esclusivo dello Stato, erano state

⁽⁵²⁾ Una tale considerazione lascia impregiudicato un problema diverso e ulteriore, relativo all'effettiva realizzazione delle mire palinogenetiche dichiarate dal regime; sul punto v., da ultimo, il monumentale lavoro di G. MELIS, *La macchina imperfetta*, Bologna, il Mulino, 2017, che pur riconoscendo la vocazione novatrice del fascismo ritiene che essa fu frenata e talvolta fatta naufragare da resistenze di vario tipo; v., da ultimo, sulla stessa linea interpretativa sviluppata attraverso un'indagine che tenta di conciliare profili di storia del pensiero giuridico con profili di storia delle istituzioni, G.P. TRIFONE, *Dallo Stato di diritto al diritto dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2019.

acquisizioni centrali della giuspubblicistica ottocentesca che il fascismo ben poteva recepire nella propria visione del mondo.

Si potrebbe anche azzardare: questi ulteriori sviluppi, queste ulteriori declinazioni di assunti noti avrebbero rappresentato una sorta di cartina di tornasole, il banco di prova per testare la fragilità, la vulnerabilità (o, più semplicemente, il carattere assai poco liberale) di essi, la via insomma per svelare la nudità (o, di nuovo e più semplicemente: la realtà) del re.

La risposta tuttavia non sembra possa essere così facile e lineare. Che quella curvatura e potenzialità autoritaria fosse presente e possibile, è indubbio; e che la storia dello Stato sembri, in parte, «rievocare la leggenda dell'apprendista stregone», di una «macchina creata dagli uomini ma così complessa e così potente, che nessun uomo riesce più a dominarla»⁽⁵³⁾, è ugualmente difficile da contestare.

Del pari, sembra chiaro come il ricorso alle stesse parole abbia reso agevole (o più agevole) a molti giuristi di formazione liberale forzare le principali espressioni del nuovo corso storico all'interno delle tradizionali categorie interpretative, con la conseguenza, rilevante, di poter ricostruire anche la storia endodisciplinare nel segno di una sostanziale continuità che dall'Italia liberale arrivava agli albori della Repubblica passando per il fascismo⁽⁵⁴⁾.

Al tempo stesso, appare altrettanto innegabile il salto di senso che i concetti sopra richiamati hanno registrato nelle pagine dei giuristi di regime e proprio per effetto della loro ri-allocazione in un diverso universo discorsivo. Né questo può sorprendere: non sembra infatti che si debba far questione solamente della (minore o maggiore) fragilità, vulnerabilità, ambiguità di concetti e teorie;

⁽⁵³⁾ A.C. JEMOLO, *Lo scetticismo del nostro tempo nei riguardi del diritto* (1949), in ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 251; «Quella conquista dogmatica, di cui abbiam visto andare tutti fieri i nostri maestri, è stata lo strumento tecnico della più pesante tirannia dei tempi moderni: essa è valsa per coonestare nel potere pubblico un'onnipotenza che non si è trovato difficoltà ad attribuire alla persona giuridica dello Stato», sono queste parole di F. VASSALLI, *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra* (1946), in ID., *Studi giuridici*, cit., vol. III, p. 586.

⁽⁵⁴⁾ COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 100 e ss.

semplicemente, nessun termine può dirsi semanticamente autosufficiente, ricavando sempre il proprio (e differente) significato da un insieme articolato di legami e riferimenti che ne definiscono, appunto, l'orizzonte di senso.

Con riguardo alla giuspubblicistica ottocentesca — e si tratta di un elemento comune che può essere riferito a Orlando e agli orlandiani, come agli esponenti dell'indirizzo opposto — questo insieme di legami significanti chiamava in causa proprio una certa idea della relazione tra tempi storici e una certa idea sul ruolo e la funzione del giurista. Evidenziare la matrice storicistica del discorso giuspubblicistico significa dunque cogliere il legame fondativo, costitutivo, che esso intratteneva con una certa idea della temporalità storica, concepita come dimensione progressiva e progrediente, nella quale passato, presente e futuro stavano tra loro in relazione armonica⁽⁵⁵⁾. Solo che questa relazione armonica tra tempi storici non si produceva in forza dello spontaneo trascorrere del tempo, ma grazie all'apporto decisivo di un soggetto, il giurista, che vigilava e custodiva quel modello evolutivo, solcando e governando il crinale lungo il quale si snodava il rapporto tra passato, presente e futuro.

Baluardo solido contro il pericolo di spinte regressive o rivoluzionarie, il giurista contribuiva, doveva contribuire, a far sì che la storia non coincidesse con il luogo della «rassegnazione fatalistica»⁽⁵⁶⁾ rispetto a ciò che avveniva, non fosse, cioè, una dimensione di cui si potesse appropriare una qualunque volontà politica o lo stesso legislatore⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ V., a es., M. FIORAVANTI, *Alle origini di una disciplina giuridica: la giuspubblicistica italiana e le sue prime riviste (1891-1903)*, in «Quaderni fiorentini», 16 (1987), pp. 218-220; P. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, tomo II, p. 386.

⁽⁵⁶⁾ V.E. ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, in «Rassegna di scienze sociali e politiche», 2 (1884), p. 593; su questa modalità di concepire la relazione tra tempi storici e di tenere insieme conservazione e mutamento, mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *Le inchieste parlamentari. Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)*, p. 1 e ss. e ai riferimenti bibliografici ivi presenti.

⁽⁵⁷⁾ Con riferimento a questa visione, v., a es., L. MANNORI, *Costituzione*, in *Atlante culturale del Risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'Unità*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 266 e ss.; M. FIORAVANTI, *Lo Statuto e il costituzio-*

Lo notò con grande acutezza Felice Battaglia, recensendo, nel 1940, gli *Scritti*, appena pubblicati, *di diritto pubblico generale* di Orlando: lungi dall'esprimere un'opzione epistemologica di tipo formalistico o normativistico, il discorso di Orlando — secondo Battaglia — «mostra come lo stesso legislatore, fosse pure il più arbitrario politico, non possa creare nulla ex novo, ma in fondo consolida e dettaglia un complesso giuridico quale i secoli hanno consacrato ed imposto, necessario per un popolo in un determinato tempo»⁽⁵⁸⁾; lo storicismo — concludeva — non è dunque mai in Orlando «celebrazione del fatto compiuto, accettazione supina di ciò che è»⁽⁵⁹⁾.

Erano queste le condizioni di nascita e di sopravvivenza del discorso giuridico, della sua capacità di essere pensiero e di farsi tradizione, di dipanare un discorso che dal passato trascorrevva al presente e arrivava al futuro, vigilando sulle evoluzioni della dinamica normativa e istituzionale e tenendo ben fermo il confine (tutt'altro che formale) tra le regole e le eccezioni, tra prassi e consuetudine, tra ciò che si limitava a succedere (la prassi) e ciò che invece poteva conseguire il crisma della normatività (la consuetudine), tra ciò che era compatibile col modello, con il suo interno moto evolutivo, e ciò che invece contrastava con esso.

Non a caso, Orlando si farà sentire, nel 1925, sulla questione dei decreti-legge: in particolare, gli sembrava da respingere l'osservazione di Salvatore D'Amelio che aveva denunciato la «strepitosa contraddizione» in cui erano caduti illustri «maestri di diritto» che «nella dottrina [si erano] dichiarati avversi alla costituzionalità dei decreti-legge» e poi «come uomini di governo, spinti dallo stato di necessità, [ne] sottoscrissero diecine e diecine»⁽⁶⁰⁾. La replica di Orlando, specificamente destinata alla questione dell'eventuale contrasto tra il contenuto della legge e di un decreto, affron-

nalismo nell'età liberale (1998), in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, II, p. 828 e ss.

⁽⁵⁸⁾ F. BATTAGLIA, *Il diritto pubblico generale nel pensiero di Orlando*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XX (1940), p. 339.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem.*

⁽⁶⁰⁾ V.E. ORLANDO, *Ancora dei decreti-legge per fatto personale*, in «Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia», 17 (1925), p. 209.

tava più in generale il problema della cittadinanza di questi strumenti nell'impianto costituzionale italiano. Almeno due argomenti concorrevano a disinnescare, per Orlando, il punto di vista del suo interlocutore: per un verso, si trattava di interrogarsi sulla sorte (cioè: sulla modificabilità) di quelle norme statutarie cui spettava di definire e strutturare «le basi stesse dell'ordinamento»⁽⁶¹⁾: «è noto — proseguiva Orlando — che non tutte le disposizioni dello Statuto si equivalgono; alcune hanno un contenuto non diverso da quello di una legge ordinaria, altre invece, contengono l'essenza stessa dell'ordinamento giuridico»⁽⁶²⁾. Ed era questo, per Orlando, il senso dell'art. 6 dello Statuto: esso «in quanto fissa la supremazia della legge è la chiave di volta di tutto il nostro sistema costituzionale: non conosco articolo più decisivo di quello»⁽⁶³⁾.

Per l'altro verso, e di conseguenza, non si poteva parlare di «consuetudine abrogativa dell'art. 6 dello Statuto»⁽⁶⁴⁾: i decreti-legge, infatti, non potevano essere ritenuti fenomeni capaci di insediare una consuetudine (per di più abrogativa); essi abitavano un'altra zona dell'ordinamento costituzionale che faceva capo a riferimenti differenti, anzitutto alla «necessità» intesa quale «elemento *di fatto* capace di avere ragione di tutte le norme di diritto»⁽⁶⁵⁾.

Ma il 1925, come noto, fu anche l'anno nel quale Orlando lasciava, da dimissionario, il Parlamento: non riconoscendo (e non riconoscendosi in) quel legame tra ideologia del partito e Stato che stava deformando la fisionomia dell'ordinamento costituzionale, e convinto, al tempo stesso, che la storia — la 'storia-storia', quella vigilata e governata (anche) dal pensiero giuridico — gli

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 213.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 214.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 215. Questo serviva a Orlando a precisare che la valutazione sulla sussistenza del requisito della necessità spettava al solo Parlamento e non alla magistratura (p. 215), ma anche a sottolineare il vincolo della magistratura ad applicare sempre la legge, e mai un decreto, eventualmente in contrasto con essa: il rispetto della legge era anche il rispetto per la prerogativa parlamentare, dinanzi alla prospettiva che il «diritto soggettivo del suddito» (p. 214) fosse toccato e violato da un decreto.

avrebbe presto dato ragione, ricomparve venti anni dopo alla Costituzione proponendo un discorso ottocentesco, un'immagine di relazione tra Stato e società che i tempi avevano ormai travolto⁽⁶⁶⁾.

Riprendendo le fila del discorso: volendo cercare un elemento di continuità tra la giuspubblicistica ottocentesca e i giuristi di regime, più che collocarlo sul versante della visione autoritaria dello Stato, lo si potrebbe trovare (anche) su un fronte diverso: mi pare infatti che sia in nome di un identico richiamo alla sensibilità storica e al protagonismo del giurista, concepito come soggetto chiamato a tracciare e governare le rotte di evoluzione dell'ordinamento, che i giuristi di regime asseriscano la necessità di un netto cambio di passo che consentisse loro di sradicare il discorso pubblicistico dai presupposti e dai legami che fino ad allora avevano delimitato lo spettro dei significati possibili.

Era questa recisione, insomma, che sembrava permettesse di attingere liberamente (senza il fardello dei significati consolidati) al repertorio terminologico e concettuale della tradizione, così trasformato in materiale da costruzione, buono, appunto, per tirar su un edificio nuovo. Diventava in questo modo agevole rompere «il nesso obbligato fra storia e libertà»⁽⁶⁷⁾, nesso che aveva consentito al pensiero ottocentesco di riparare la teoria dell'autolimitazione dello Stato dai suoi potenziali esiti dispotici; come diventava possibile continuare a raffigurare la rappresentanza come funzione esercitata nell'interesse esclusivo dello Stato, non più giustificata, però, con l'esigenza, tipicamente orlandiana, di distanziare al massimo istanza statale e istanza sociale⁽⁶⁸⁾, ma fondata sull'opposto pre-

⁽⁶⁶⁾ V., da ultimo, M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, Carocci, 2017, p. 90 e ss.; nel 1924, polemizzando con Panunzio sullo Stato sindacale, Orlando notava: «[io penso] che il problema possa essere considerato alla stregua di quei principi della scienza tradizionale [...] Ho detto che ciò *può essere*; aggiungo che *non può non essere*» (corsivo dell'autore). Non ci si lamenti poi — proseguiva — della inferiorità del diritto pubblico rispetto al diritto privato se sono i giuspubblicisti i primi a dichiarare la «banca-rotta» delle tradizionali categorie interpretative ad ogni mutamento storico; sono osservazioni tratte da V.E. ORLANDO, *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea*, in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., p. 320.

⁽⁶⁷⁾ COSTA, *Civitas*, IV, cit., p. 246.

⁽⁶⁸⁾ V.E. ORLANDO, *Sul fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., p. 450 e ss.

supposto di una presenza tentacolare del potere dello Stato, che trovava nella visione (e nelle riforme) della rappresentanza uno dei suoi punti di emersione. O che diventava possibile riferirsi alla nozione di Stato di diritto, a una nozione che veniva depurata da ogni riferimento al profilo dei limiti dell'azione pubblica e chiamata a significare, in maniera letterale, scheletrica, il semplice volto di uno Stato che parlava attraverso il diritto⁽⁶⁹⁾.

Da un simile osservatorio, anche l'esigenza espressa da giuristi come Santi Romano e Costantino Mortati⁽⁷⁰⁾ di accreditarsi nella veste di procuratori di una tradizione, di eredi del metodo giuridico, non sembra abbia rappresentato il modo — si perdoni l'espressione — di metter le mani avanti per occultare la portata di un autentico scisma disciplinare; piuttosto, sembra essere stata la via che ha consentito a questi autori di prendere le distanze dagli irrigidimenti formalistico-legalistici registrati dal metodo giuridico e di recuperare l'anima autentica, quella di aver rappresentato un tentativo di rispondere ai richiami della storia, dei suoi cambiamenti, senza tuttavia rinunciare alla dimensione prescrittiva del sapere giuridico, alla sua capacità di modellizzazione e di inquadramento.

4. *Il giurista: un ponte tra storia e tradizione.*

Anche quando il nuovo corso storico non suscitava particolari entusiasmi, se la percezione della cesura si accompagnava alla disponibilità a ripensare la fisionomia tradizionale dell'ordine giuri-

⁽⁶⁹⁾ P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 147 e ss.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. C. MORTATI, con esplicito richiamo al «metodo giuridico», *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000 (ristampa), p. 4; ID., *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998 (ristampa), p. 11 e ss. Si veda anche S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917-1918), Firenze, Sansoni, 1945: pur presentando la visione istituzionale del diritto in polemica con la tradizionale concezione normativista, Romano fa affondare le radici della sua lettura anche nell'esigenza di trarre le logiche conseguenze da alcuni assunti, non sufficientemente sviscerati, delle visioni tradizionali (v., a es., ivi, pp. 11-12).

dico, il rapporto tra storia e tradizione non solo emergeva, ma diventava, spesso, uno degli snodi decisivi per calibrare l'incontro tra novità e persistenze. Specularmente — lo si vedrà più avanti — quando si tendeva a riportare (e forzare) le principali trasformazioni offerte dal secolo nuovo nell'ambito delle concezioni abituali, individualistiche, della convivenza e del lavoro del giurista, si assisteva al diverso fenomeno di una tradizione che sembrava fagocitare la storia, di una tradizione che, attraendo nella propria orbita classificatoria le novità novecentesche, sembrava farle implodere negando a esse una ogni significativa capacità di impatto sul presente e sul futuro.

Il riferimento, all'inizio di queste pagine, alla figura di Filippo Vassalli, non è casuale; si tratta infatti di un giurista che rimase legato, lungo l'intero arco della sua produzione scientifica, all'idea che il diritto privato fosse «norma di fini individuali»⁽⁷¹⁾, si identificasse, cioè, con quella zona del giure che lasciava l'individuo libero di scegliere i fini delle proprie azioni e i mezzi con cui raggiungerli. Ogni ipotesi di contatto della privatezza con interessi diversi, sociali o pubblici, apriva, per Vassalli, scenari irti di rischi, primo tra tutti il rischio che il privato fosse ridotto a mera «*longa manus*»⁽⁷²⁾ del potere pubblico, trasformato in una sorta di emissario di volontà e interessi definiti e identificati altrove.

Tuttavia Vassalli, a differenza di buona parte della civilistica coeva, non esorcizzò o eluse il confronto con le trasformazioni novecentesche, con l'impatto che la crescente presenza pubblica nella vita sociale ed economica produceva sulla abituale connotazione volontaristico-potestativa del diritto privato. Il salto era stato forte e con ogni probabilità irreversibile; la drammatizzazione del rapporto passato-presente, la convinzione che la guerra avesse liquidato un'idea di diritto privato che era rimasta sostanzialmente immutata dai tempi di Giustiniano, non serviva a Vassalli a condurre una battaglia di retroguardia, ma a indicare l'unica strada che, dal

(71) F. VASSALLI, *Le riforme del codice civile in relazione alla proprietà fondiaria* (1923), in Id., *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 321; si è scelto questa citazione, ma si tratta di un motivo ricorrente, insistito, dell'intera produzione vassalliana.

(72) VASSALLI, *Della legislazione di guerra*, cit., p. 357.

suo punto di vista, avrebbe consentito di governare, arginandone gli esiti più censurabili, la stagione che si era recentemente aperta. La strada era, per Vassalli, quella dell'impegno attivo del giurista quale *legum conditor*⁽⁷³⁾: «Il problema di oggi — notava ancora nel 1950 — è di riportare per quanto è possibile il giurista alle leggi. In fondo, è l'aspirazione di riportare le leggi al diritto»⁽⁷⁴⁾.

Se infatti era illusorio vagheggiare il ritorno a un diritto privato di stampo individualistico, se insomma i processi di crescente intersezione tra privato e pubblico costituivano una cifra distintiva e irrevocabile del XX secolo, il giurista, o almeno il giurista degno di questo nome, il giurista che non accettava di essere degradato a «volgare chiosatore»⁽⁷⁵⁾ del diritto positivo, appariva a Vassalli l'unico soggetto capace di maneggiare la delicata tessitura del diritto civile, di miscelare in maniera sensata novità e persistenze, di comporle nella trama di una tradizione millenaria. Quel diritto «meno prossimo al comando che al ragionamento»⁽⁷⁶⁾, doveva dunque esser affidato a mani sapienti, consapevoli del ruolo e del valore di una risalente tradizione e perciò capaci di separare, nel presente, i lati destinati ad abitare durevolmente il futuro dalle scorie passeggere, legate all'estemporaneità tipica delle decisioni politiche.

⁽⁷³⁾ «Questo moto che si svolge nel mondo contemporaneo, o Signori, e ch'è il prorompere della vita e la ricerca di una disciplina più adeguata ci dà un senso nuovo e sicuro dei rapporti fra la legge e le altre manifestazioni del pensiero giuridico: donde ai giuristi deriva responsabilità più grande e rinnovato orgoglio, quasi di *legum conditores*. La legge si stacca ormai meno di quel che si pensi dal lavoro del giureconsulto. Il legislatore è, per forza di cose, un giureconsulto egli medesimo: e ciò tanto più dove, come nel diritto civile e nel diritto privato in genere, la complessità è divenuta inseparabile da ogni attività giuridica. Sono rari i casi in cui [...] può il legislatore moderno limitarsi a una formula imperativa e semplice[...]»; così F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile* (1930), in ID., *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 404. Per una ricostruzione del profilo di Vassalli legislatore, v. P. GROSSI, *Il disaggio di un legislatore. Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, specialmente p. 301 e ss.

⁽⁷⁴⁾ F. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi* (1950), in ID., *Studi giuridici*, cit., vol. III, p. 751.

⁽⁷⁵⁾ F. VASSALLI, *Giampietro Chironi* (orazione commemorativa letta nel 1927), in ID., *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 371.

⁽⁷⁶⁾ VASSALLI, *Motivi e caratteri*, cit., p. 609.

Ed era a partire da qui che il diritto romano, richiamato in varie guise dai giuristi del tempo, era soprattutto un diritto che si distingueva e si qualificava per la sua caratterizzazione sapienziale, che si apprezzava (rappresentando una indispensabile fonte di ispirazione anche per l'uomo del XX secolo) come diritto affidato soprattutto al pretore e ai giureconsulti, voci «del buono e del giusto»⁽⁷⁷⁾, come diritto nel quale «il dato del comando e[ra] subito trasformato in dato del pensiero»⁽⁷⁸⁾, nel quale la dimensione imperativa tendeva a stemperarsi e a comporsi con valutazioni capaci di collocare la norma in un orizzonte più ampio ed esteso di riferimenti. Non dunque il diritto romano di cui parlavano i giuristi di regime, il diritto — cito da Bottai — dello «Stato romano, gerarchico e autoritario»⁽⁷⁹⁾, un diritto, cioè, cui si chiedeva di essere precursore (e ispiratore) del regime; ma neppure il diritto romano assunto — dalla maggioranza della scienza giuridica coeva — quale sinonimo di una visione individualistica e formalistica del diritto, un diritto ugualmente de-storicizzato, sbalzato fuori dal tempo e dalle condizioni del tempo che lo avevano visto sorgere e invocato per mettere in sicurezza il diritto privato tradizionale dagli assalti del Novecento⁽⁸⁰⁾.

Senza alcun dubbio, la posizione di Vassalli scaturì anche dall'esigenza di difendere il proprio operato e uno dei suoi frutti più importanti, il codice civile del 1942, di cui Vassalli sostenne — e non poteva essere altrimenti — la fattura rigorosamente tecnica respingendo l'idea che rappresentasse la traduzione sul terreno civilistico dell'ideologia fascista. Non è evidentemente possi-

⁽⁷⁷⁾ VASSALLI, *Estrastatualità*, cit., p. 765.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁹⁾ G. BOTTAI, *L'idea corporativa nella riforma dei codici*, in «Il diritto del lavoro», XVII (1943), p. 66.

⁽⁸⁰⁾ Si era di fronte a un'anomalia — a notarlo è Jemolo, in una valutazione retrospettiva — «l'anomalia per cui in un mondo nel quale l'autonomia dell'individuo, la libertà dell'uomo economico, erano crollate, si continuava a considerare il diritto privato come il diritto per eccellenza [...] e si continuava a vederlo come in rapporto di continuità con il diritto romano, considerato ancora come il modello giuridico, capace di comprendere od almeno illuminare anche la vita contemporanea»; così, appunto, JEMOLO, *Lo scetticismo del nostro tempo*, cit., p. 251.

bile affrontare la questione della relazione tra regime e codice civile⁽⁸¹⁾; è tuttavia rilevante mettere in luce gli argomenti in proposito messi in campo: quel codice, per Vassalli, aveva un volto tecnico non perché costituisse un mero ritocco del codice del 1865, non perché fosse l'espressione di un lavoro giuridico fedele ai postulati del diritto privato individualistico; il codice del 1942 poteva non dirsi fascista perché frutto del lavoro di una scienza che, dimostrando sensibilità storica, si era fatta interprete del proprio tempo registrando le novità che il Novecento (anche quello non autoritario⁽⁸²⁾) aveva introdotto sul terreno storico e aveva poi cercato di inserire quelle novità nella tela millenaria del diritto civile che aveva nei giuristi i suoi numi tutelari.

Era un codice fino in fondo novecentesco, per varie ragioni: perché non ambiva più a porsi come norma esclusiva (al massimo, come «norm[a] complementar[e]»⁽⁸³⁾); e soprattutto perché era stata «costante», per il legislatore, «la preoccupazione [...] di stabilire un raccordo tra i due momenti, privatistico e pubblicistico, mirando ad assicurare il coordinamento delle attività private, nella residua sfera ad esse eventualmente consentita, con le attività dei complessi politici o con le finalità dei medesimi»⁽⁸⁴⁾. Un diritto privato, dunque, che mirava a comporre ele-

⁽⁸¹⁾ Cfr. P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile: un'ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), p. 175 e ss.; R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, Giuffrè, 1990; C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, specialmente p. 254 e ss. e G.B. FERRI, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile* (1996), in ID., *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova, Cedam, 2002, p. 65 e ss.

⁽⁸²⁾ Solo «un osservatore superficiale o politicamente prevenuto potrebbe credere che [...] il codice si ricollegli necessariamente a un indirizzo politico tramontato e invisibile. Ma costui s'ingannerebbe a partito. Codeste dichiarazioni, spesso enfatiche e imprecise, non sono che il riflesso di un orientamento generale largamente operante, pur sotto atteggiamenti diversi, in tutti i paesi»; così VASSALLI, *Motivi e caratteri*, cit., p. 614.

⁽⁸³⁾ Ivi, p. 623.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 622.

menti tradizionali⁽⁸⁵⁾ con i nuovi profili di funzionalizzazione dei diritti soggettivi⁽⁸⁶⁾.

E se è chiaramente censurabile l'idea, espressa da Vassalli, che non passasse troppa distanza tra le dichiarazioni della Carta del Lavoro e le disposizioni della Costituzione repubblicana, sembra invece fuori di dubbio che entrambi i testi fossero figli del Novecento ed esprimessero l'identica esigenza (sebbene ispirata a valori opposti) di costruire e progettare un ordine fondato sulla relazione, che elevasse la relazione tra individuale, sociale e statale a proprio tratto caratterizzante⁽⁸⁷⁾. E questo, chiosava Vassalli con un'osservazione sulla quale è invece difficile non convenire, poneva di fronte a un problema duraturo, e decisivo per le stesse de-

(85) «Certo il codice parla ancora di proprietà come d'un diritto della persona. Ma qui conviene, una volta per tutte, render chiaro che se si rinuncia a codesto diritto si può anche fare a meno del codice civile, tutt'intero. [...] Il diritto civile è [...] la disciplina della vita dell'uomo nei rapporti determinati dalla procreazione, dalla società coniugale e dall'attività economica. Questa disciplina nei nostri ordinamenti sociali, poggia tutta, immediatamente o mediamente, sul riconoscimento della proprietà individuale» (ivi, p. 614).

(86) Il codice del '42 — nota sempre Vassalli — «mira a dare della vita stessa una disciplina integrale, nella quale i diritti subiettivi s'inseriscono come un elemento nel quadro più complesso e assumono quella figura che meglio ne rivela la riduzione a funzione. Con che siamo a veder configurata nella legge fondamentale del vivere civile una concezione del diritto soggettivo che si distacca nettamente da quella che caratterizza i codici dell'ottocento» (ivi, p. 621). Val tuttavia la pena notare per inciso che in un'altra occasione, Vassalli esclude la compromissione ideologica del codice facendo leva su un altro tipo di argomento, ovvero sulla continuità dei contenuti (anche in questo caso dilatando a dismisura il tempo): «Questo mio modo di vedere dovrebbe riuscire di provvido orientamento oggi, in Italia, dove tanti si sono dimostrati preoccupati perché il codice civile è stato promulgato nell'anno XX dell'era fascista. Per applicare la disposizione che impone di pagare i debiti [...] o l'altra di non frodare i propri creditori [...] o la disposizione che vieta gli atti di emulazione [...] *basterà considerare che codeste regole c'erano nelle XII Tavole o nell'Editto del Pretore o in Giustiniano*»; una simile posizione può forse essere ricondotta all'occasione specifica di questo intervento vassalliano, che fu pronunciato in occasione della inaugurazione dell'Associazione italo-britannica: un'occasione di incontro, si suppone, non tra specialisti e con anche pubblico non italiano; il che potrebbe aver determinato la versione semplificata della lettura di Vassalli; v. Id., *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, in Id., *Studi giuridici*, cit., vol. III, p. 576.

(87) VASSALLI, *Motivi e caratteri*, cit., p. 623.

mocrazie, quello dei criteri di formazione e selezione delle classi dirigenti⁽⁸⁸⁾.

La convinzione che il giurista non dovesse arroccarsi nella difesa di visioni dell'ordinamento che sembravano consegnate definitivamente al passato, ma neppure subire passivamente lo spirito del tempo nuovo, non fu propria, come noto, del solo Vassalli. Ad accomunare profili e sensibilità molto distanti fu infatti l'idea che la scienza giuridica dovesse emanciparsi dal tradizionale abito positivistico per tornare a essere capace di «osservazione immediata»⁽⁸⁹⁾, per tornare a coltivare un rapporto forte con la realtà e le sue imponenti trasformazioni. Solo a queste condizioni si sarebbe potuta candidare a essere «forza cooperante con le altre al divenire sociale»⁽⁹⁰⁾ e sarebbe riuscita a valorizzare una propria e specifica capacità, la capacità di tendere un filo tra passato, presente e futuro, di immaginare (e forse anche di costruire) le direttrici lungo le quali disporre la relazione tra queste dimensioni della temporalità.

A essere temuta, anche in questo caso, era un'erosione del territorio del diritto privato, era il rischio che si affermasse un «diritto naturale rovesciato» nel quale vi fosse spazio solo per i «diritti innati» dello Stato, e non più dell'individuo⁽⁹¹⁾. «Mai come oggi — a dirlo è Lorenzo Mossa — [...] col crescente monopolio della vita sociale da parte dello Stato l'opera del giurista è stata necessaria»⁽⁹²⁾: necessaria per rinnovare anche nel presente la distin-

⁽⁸⁸⁾ «Lo Stato che rivendica a sé pienezza di guida e di controllo della vita de' suoi appartenenti, in ogni direzione, non ha soltanto come premessa la superiorità de' suoi fini rispetto a quelli individuali [...] ma la eccellenza de' suoi metodi e dei suoi criteri rispetto alle determinazioni individuali. E se si considera che in concreto ciò si risolve nella prevalenza delle determinazioni di coloro ai quali il potere pubblico è confidato sulle determinazioni degli altri che vi si trovano soggetti, il problema si risolve in quello dei criteri per i quali si opera il processo di differenziazione degli uomini, dal quale ogni Stato risulta. Un tale problema perdura immutato nel regime sostituitosi a quello, vigente il quale il codice fu pubblicato» (ivi, pp. 633-634).

⁽⁸⁹⁾ E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio*, in «Archivio di studi corporativi», IV (1933), p. 205.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁹¹⁾ W. CESARINI SFORZA, *Verso la Carta del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Mariotti, 1943, p. 99.

zione tra privato e pubblico, e necessaria per ricordare il senso profondo del diritto privato, di una zona del giure pensata per essere uno spazio (anche) di autonomia e diritti per il soggetto. Ma necessaria anche per rilevare i rischi legati alla perpetuazione di un'idea ottocentesca di diritto privato che appariva ormai anacronistica, incongruente con le caratteristiche del secolo nuovo. Continuare a immaginare il diritto privato come regola pensata solo per il singolo, identificato (e protetto) dalla sua volontà e dalla sua autonomia, finiva per equivalere, in modo solo apparentemente paradossale, a una sorta di ritirata, di ripiegamento dinanzi all'avanzata del diritto pubblico.

Se il campo giuspolitico continuava a essere riportato alla nitida distinzione tra privato-individuale e pubblico-statuale, e se tutto ciò che non era riconducibile alla tradizionale logica volontaristico-potestativa, finiva, per ciò stesso, nell'area del diritto pubblico, non si poteva che interpretare la realtà nel segno di una (tendenzialmente inarrestabile) fuga verso il diritto pubblico, fuga resa ancor più evidente nel contesto di un regime a vocazione totalitaria. Mentre agli occhi di alcuni giuristi, pur diversissimi, la tutela della privatezza passava attraverso un significativo aggiornamento dei suoi confini e dei suoi contenuti abituali: era il riferimento all'impresa, come dimensione a partire dalla quale, secondo Mossa, si poteva avvicinare un'idea sociale e comunitaria della privatezza⁽⁹³⁾; era la proprietà disegnata a partire dalle cose di cui parlava Finzi, una proprietà percorsa e definita anche dal nuovo profilo dei doveri ma non per questo trasformata in creatura di diritto pubblico⁽⁹⁴⁾; così come era il diritto collettivo cui si riferiva

⁽⁹²⁾ L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato* (1931), in ID., *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, Sansoni, 1935, p. 31.

⁽⁹³⁾ Cfr. MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit., che raccoglie una serie di saggi sul tema dell'impresa, ma anche ID., *Trattato del nuovo diritto commerciale*, cit.; per il profilo di Mossa, v. P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa* e G. CHIODI, *Un precursore della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, pubblicati entrambi in «Quaderni fiorentini», rispettivamente XXVIII (1999), p. 999 e ss. e XLV (2016), p. 249 e ss.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in «Archivio giuridico», V (1923), p. 72 e ss.; ID., *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit. e

un Cesarini, quel diritto «più che privat[o]» e «meno che public[o]»⁽⁹⁵⁾, decisivo non solo per dar cittadinanza giuridica alla nuova realtà dei gruppi e delle organizzazioni sociali, ma anche per ripensare la stessa identità degli estremi noti, dell'assolutamente privato e dell'assolutamente pubblico.

Era solo accettando importanti trasformazioni dell'ideario abituale, insomma, che diventava possibile preservare alcuni valori e riferimenti che il passato aveva consegnato all'oggi e che l'oggi sembrava mettere in forse. Di nuovo, come anche nella visione vassalliana, si trattava di mediare tra persistenze e novità, per non disperdere il senso di una tradizione (di pensiero) che aveva distillato, nei secoli, la parte migliore della storia, che aveva vigilato su di essa, trasformandola in una storia di civiltà capace di proiettare anche sul presente e il futuro le sue acquisizioni migliori.

Né sorprende che due profili scientifici assolutamente distanti come quelli di Giorgio Del Vecchio e di Lorenzo Mossa siano tornati a parlare, in questo tempo di transizione e di crisi, di diritto naturale, di un diritto, cioè, che da sempre viene chiamato in causa per assicurare a certi assunti e idee una speciale protezione. Come è assolutamente significativo che Del Vecchio identificasse espressamente il diritto naturale col diritto della tradizione, col diritto di una «tradizione scientifica» che aveva inteso «sostenere la non arbitrarietà del diritto»⁽⁹⁶⁾ e che a tal fine aveva radunato gli sforzi di una comunità di pensiero (il diritto naturale — notava — «non è un diritto «che ciascuno si foggia a suo talento» essendo costituito «da quel corpo di dottrine generali intorno al diritto,

Id., *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*, Firenze, Ricci, 1935, p. 159 e ss. Per il profilo di Finzi, v. P. GROSSI, *Enrico Finzi. Un innovatore solitario*, in «Quaderni fiorentini», XLII (2013), p. 377 e ss. e la omonima voce sul *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX sec.)*, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 870-873.

⁽⁹⁵⁾ W. CESARINI SFORZA, *Dal diritto commerciale al diritto professionale* (1941), in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 274; quella citata è tuttavia un'espressione ricorrente nelle riflessioni di Cesarini sul diritto delle collettività organizzate; v. anche Id., *Preliminari sul diritto collettivo*, ivi.

⁽⁹⁶⁾ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in «Archivio giuridico», 1921, p. 75.

che non è l'opera artificiosa di un singolo pensatore, ma corrisponde a una vera e solida tradizione scientifica, intimamente connessa colla genesi delle stesse leggi vigenti»⁽⁹⁷⁾). Che era poi la strada per lanciare un monito in direzione del presente e del futuro, in modo che fosse garantita un'intatta capienza simbolica allo spazio-privato proprietario, concepito (alla vecchia maniera) come il presidio più sicuro dei diritti e delle libertà del soggetto. Che tradizione e immagini del futuro fossero legati, anche in questo caso, non sorprende: «né questo necessario riguardo alla tradizione dottrinale — chiosava infatti Del Vecchio — impedisce le ulteriori elaborazioni degli elementi che ne costituiscono la compagine, anzi vale ad agevolarle, in quanto ci indica, per mezzo dei capisaldi ormai assicurati, il piano nel quale debbon muoversi i progressivi sviluppi»⁽⁹⁸⁾.

Un analogo intento — quello, appunto di indicare una rotta per il futuro — traspariva anche dai richiami di Lorenzo Mossa; certo, dal suo punto di vista, il diritto naturale, era «sempre un diritto della rivoluzione», un diritto che segnalava l'«agitarsi»⁽⁹⁹⁾ di un ordinamento, la sua ricerca di vie nuove e inedite verso un'idea sociale del diritto⁽¹⁰⁰⁾. Dunque da un lato — con Del Vecchio — l'esigenza di non disperdere determinati punti di riferimento; dall'altro lato — ed è la visione di Mossa — l'esigenza di conferire una legittimazione forte all'anima sociale e comunitaria del diritto privato, a un'anima fino ad allora negletta ma ritenuta l'unica capace di salvarlo dalle derive, ugualmente censurabili, dell'individualismo egoistico e del dispotismo. A ben vedere, due orientamenti speculari, ma entrambi finalizzati a preservare, anche nel fu-

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem.*

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. 53.

⁽⁹⁹⁾ «La ripresa del diritto naturale combacia, in una società sino allora stagnante, con il suo agitarsi», così MOSSA, *Trattato del diritto commerciale*, cit., p. 53.

⁽¹⁰⁰⁾ «La sufficienza intangibile delle leggi dello stato, a causa della sua fisionomia totalitaria, e la indifferenza in compenso delle leggi sgorganti dalla coscienza sociale sono ripudiate, a buon diritto, dai filosofi e dai giuristi degli stati totalitari. Sono, anzi, essi a dimostrare come i fini sociali di questi stati animano ed avviano il diritto vivente nella società, il diritto naturale» (ivi, p. 110).

turo e sia pure attraverso strade diverse, una consistenza autonoma per la privatezza.

5. *Fermare la storia?*

Quanto detto non autorizza peraltro a tacciare indistintamente di passatismo quel lato della riflessione giuridica che unì la difesa di una idea individualistico-potestativa del diritto privato con la difesa dell'abito formalistico e legalistico della scienza del diritto. Non necessariamente disgiunta da una lettura lucida delle trasformazioni novecentesche, la combinazione di questi due profili dava luogo, anche in tal caso, a una dilatazione e omogeneizzazione del tempo passato che tuttavia non serviva, come negli autori considerati nella parte iniziale del saggio, a sottolineare l'intensità della cesura, ma a veicolare l'opposto messaggio della inossidabile bontà di certi contenuti e di certi strumenti. Esito di un cammino plurisecolare, assistito e modellato anche grazie al fondamentale apporto del pensiero giuridico, quei contenuti e quegli strumenti pretendevano adesso di proiettare sul presente e sul futuro la loro forza interpretativa e conformativa. Era l'idea che «non [... vi fosse] aspetto nuovo consacrato dalle leggi positive, che non potesse] ricondursi agli schemi classici elaborati dalla dottrina civilistica, che [... aveva] le sue lontane radici nella dogmatica romanistica»⁽¹⁰¹⁾; o l'idea che non vi fossero alternative tra il privato-individuale e il pubblico-statuale, con la conseguenza che ogni ipotesi di organizzazione su base collettiva degli interessi o di funzionalizzazione dei diritti soggettivi doveva essere ricondotta a quella visione dicotomica dello spazio giuridico. Non di rado si preferiva 'perdere terreno', annettendo all'area pubblicistica tali fenomeni, pur di non rivedere l'abituale connotazione volontaristica e individualistica del diritto privato. Col rischio, si intuisce, di conferire valore dirimente alle scelte di qualificazione formale, alle modalità di volta in volta prescelte per inquadrare i diversi fenomeni, come se quelle scelte esaurissero il compito ordinatorio del

⁽¹⁰¹⁾ S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*, cit., p. 257.

giurista, avendo, oltre tutto, la capacità di dissolvere non solo il potenziale corrosivo di visioni differenti, ma delle stesse novità introdotte attraverso norme già in vigore⁽¹⁰²⁾.

La stessa, perdurante, convinzione che al giurista spettasse di lavorare sulle leggi si accompagnava, spesso, alla messa in campo di tecniche di lettura finalizzate a ricondurre i contenuti delle leggi medesime alle tradizionali coordinate dell'ordinamento. Assai nota, in proposito, la lettura carneluttiana della legge sindacale del 1926: apertamente presentata dal suo artefice — Alfredo Rocco — quale parte integrante della costruzione dello Stato nuovo, di uno Stato consapevolmente impegnato a organizzare lo spazio sociale e individuale coerentemente con la propria vocazione totale⁽¹⁰³⁾, quella legge, rimpianta alla caduta del regime⁽¹⁰⁴⁾, fu interpretata da Carnelutti come strumento volto a disinnescare la carica conflittuale sprigionata dai sindacati (il legislatore aveva fatto opera di «bonificazione giuridica di queste terre appena emerse»⁽¹⁰⁵⁾) in modo che l'ordine potesse essere raffigurato, anche in pieno Novecento, come luogo della relazione intersubiettiva tra individui singoli.

⁽¹⁰²⁾ È il caso, a esempio, delle tematizzazioni relative al diritto di proprietà: anche di fronte a una normazione (consorzi, bonifiche, ricomposizioni fondiarie) che ne incrinava la tradizionale fisionomia, i giuristi continuarono a riferirsi a un diritto assoluto, semplicemente assoggettato a limiti più pressanti (per un'indagine specifica sulla proprietà, mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *Proprietà privata e ordinamento corporativo*, in «Giustizia civile», I (2017), p. 235 e ss.); discorso non dissimile può farsi per i riferimenti al fenomeno degli interessi organizzati su base collettiva, il più delle volte annessi all'area privata o pubblica del diritto, ma non tematizzati come possibile terza dimensione del giure (anche in questo caso, mi permetto di rinviare a STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 41 e ss.).

⁽¹⁰³⁾ V., a es., A. ROCCO, *Legge sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro*, Discorso alla Camera, pronunciato il 10 dicembre 1925, in ID., *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, Athaeneum, 1927, p. 357 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. F. CARNELUTTI, *Stato democratico: Stato corporativo*, in *Verso il corporativismo democratico*, Bari, Cacucci, 1949, p. 249 e ID., *La via della salvezza*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 39.

⁽¹⁰⁵⁾ F. CARNELUTTI, *Il nuovo diritto del lavoro e la dottrina*, in «Rivista di diritto processuale civile», IV (1927), p. 144.

Dunque: l'ipostatizzazione forte di un certo modello di convivenza, ritenuto l'unico possibile; un bagaglio di convinzioni (o, se si vuole, la forza di una tradizione) che tendeva a sequestrare la storia, a negare a essa la possibilità di imboccare direzioni nuove.

Che, da simili prospettive, il fascismo si candidasse a esser dipinto come una tempesta improvvisamente abbattutasi sulla storia italiana che aveva (momentaneamente) sbalzato la storia stessa fuori dal proprio alveo evolutivo, non sorprende. Né sorprende che, dinanzi a questa immagine di una storia interrotta, prendesse forma l'invito a riannodare i fili di una tradizione, 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»⁽¹⁰⁶⁾.

Del pari, non stupisce che Pugliatti, nel 1950, avesse riletto il ventennio da poco passato contrapponendo in maniera nitida la voce dei giuristi e quella degli apologeti: a distinguere le due categorie, e a costituire quindi la specifica patente di antifascismo (o di a-fascismo) della scienza giuridica, stava proprio la fedeltà alla tradizione, la fedeltà tributata, anche negli anni del regime, a quell'impostazione formalistica e legalistica che aveva impegnato i giuristi, gli unici degni di questo nome, in un'opera da «formic[he]», di resistenza tenace e sotterranea capace di riparare l'ordinamento dalle aberrazioni che altrove, e negli stessi anni, si erano compiute in nome di un diritto ispirato al sano sentimento del popolo⁽¹⁰⁷⁾.

Senza dubbio, simili letture, oltre che orientate ad avallare interpretazioni (auto)assolutorie, dei rapporti tra scienza giuridica e regime, sono state all'origine di una «retorica generativa»⁽¹⁰⁸⁾ che, come tale, proiettava i propri effetti non solo sul passato, sulle interpretazioni del passato, ma anche sul futuro, contribuendo a identificare, dopo la Liberazione, il punto dal quale ripartire. Molto è stato scritto sulle difficoltà della scienza giuridica a fare i

⁽¹⁰⁶⁾ P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in «Rivista di diritto processuale», I (1950), p. 273.

⁽¹⁰⁷⁾ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», IV (1950), p. 51.

⁽¹⁰⁸⁾ CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit., p. 281.

conti tanto col fascismo quanto con le caratteristiche del neonato edificio democratico e con la sua norma fondativa, la Costituzione, con due esperienze, cioè, ispirate a differenti idealità, ma ugualmente figlie del Novecento, di un tempo che imponeva di misurarsi con i contorni di una realtà difficile da contenere e interpretare rimanendo legati a visioni più risalenti dello spazio giuridico e del mestiere del giurista.

E se certo è corretta la domanda sulle responsabilità del formalismo⁽¹⁰⁹⁾, nondimeno la linea interpretativa resta increspata, più articolata di quanto potrebbe a prima vista sembrare. Perché se la difesa dell'abito legalistico costituiva un argine fragile (i regimi parlano attraverso le leggi, non solo contro di esse), sulle alternative sembrava gravare un'ipoteca ugualmente pesante. Ad aleggiare come uno spettro sulle teste dei giuristi non stava solo il precipizio nazionalsocialista, ma la possibile (dis)torsione anche di risorse apparentemente meno connotate. Per esempio: se la variegata galassia dell'antiformalismo e dell'antilegalismo aveva appoggiato, fino ad allora, le proprie perorazioni a favore di un sistema più ampio e plurale di fonti all'esigenza di ridimensionare il monopolio statale del diritto e di valorizzare la vocazione normativa della società, durante il fascismo simili perorazioni erano servite ai giuristi di regime per fondare la nuova veste totalitaria e pervasiva del potere statale. Non bastava infatti la legge a dar voce al diritto dello Stato, ma servivano i principi generali del diritto, non immaginati, alla vecchia maniera, come risorse interpretative residuali, da attivare nel silenzio o nella oscurità della legge⁽¹¹⁰⁾, ma

⁽¹⁰⁹⁾ «Da molti il metodo giuridico è stato scambiato, appunto, per questa indifferenza non solo ad ogni valutazione morale, ma anche politica, economica, sociologica e via dicendo. Il giurista non deve turbare la purezza della sua indagine con elementi di natura estranea, appartenenti alla sfera del pre- o dell'agiuridico; non ha da preoccuparsi delle premesse, del contenuto e delle conseguenze sostanziali del fenomeno giuridico, cose tutte che sono di dominio di altre discipline o attengono ad altro ordine di considerazioni. Si interpreti il fenomeno giuridico secondo la struttura che gli è stata impressa dal legislatore: in ciò consiste e si esaurisce la funzione del giurista»; così G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, in «Rivista del diritto commerciale», 1945, p. 107.

⁽¹¹⁰⁾ In tal senso, come noto, il disposto dell'art. 3 delle preleggi del codice civile del 1865.

come principi direttivi, come principi-bussola chiamati a definire idee e finalità cui riportare l'attività del legislatore e degli interpreti⁽¹¹¹⁾. E serviva, all'estremo inferiore, il contributo (ideologicamente orientato) di giudici, giuristi e amministratori⁽¹¹²⁾, visto che solo a queste condizioni nessun segmento della vita sociale sarebbe riuscito a sfuggire alla morsa del nuovo potere dello Stato.

La complessità di un simile panorama non sfuggì allo sguardo sofferto dei medesimi giuristi che si sono sopra citati. Fu lo stesso Carnelutti a rilevare, nel 1952, come il fascismo avesse in qualche modo frenato alcuni processi di rinnovamento epistemologico: non appena la scienza giuridica aveva cominciato ad avvertire e rilevare l'equivoco della identificazione del diritto con la legge — notava — era «succeduta la catastrofe; e purtroppo siamo tornati indietro, e così ora in Italia sembrano termini indissolubili legge e democrazia anziché diritto e democrazia»⁽¹¹³⁾. E lo stesso Calamandrei, che nel '42 vedeva nella legge l'orizzonte di lavoro obbligato del giurista («I giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia»⁽¹¹⁴⁾) e che esprimeva tutta la propria preoccupazione dinanzi ai nuovi processi di sovrapposizione tra il «momento politico» e il «momento giuridico»⁽¹¹⁵⁾, rilevava, lucidamente, anche i pericoli connessi a questa visione, se è vero che la legge era una «forma in cui ogni metallo, nobile o vile, p[oteva] esser colato»⁽¹¹⁶⁾.

La legge poteva dunque essere anche ingiusta: ma — e detto da chi, non molti anni dopo, avrebbe appoggiato e difeso la batta-

⁽¹¹¹⁾ V., in proposito, il già citato *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*: si tratta di un volume miscelaneo che raccoglie diversi punti di vista sulla questione dei principi generali, e dal quale emerge con chiarezza la visione che di essi avevano i giuristi di regime e che si è indicata nel testo.

⁽¹¹²⁾ Lo nota, a es., con grande chiarezza A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto* (1932), in ID., *Pagine sparse*, cit., p. 55.

⁽¹¹³⁾ CARNELUTTI, *La via della salvezza*, cit., p. 28.

⁽¹¹⁴⁾ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in «Rivista del diritto commerciale», 1942, p. 346.

⁽¹¹⁵⁾ Ivi, p. 343.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*; Calamandrei avrebbe ribadito nel 1945: «nello stampo della legge si può colare oro o piombo» (ID., *Prefazione* a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Id., Firenze, Le Monnier, 1945, p. 92).

glia di Danilo Dolci, suscita un certo stupore⁽¹¹⁷⁾ — «questa azione sovvertitrice delle leggi che può avere la sua moralità e la sua funzione storica, non è — concludeva — 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 hai suoi drammi»⁽¹¹⁸⁾. Sarà nel 1943, passato il 25 luglio, che tornando sul tema in un articolo sul «Corriere della Sera», Calamandrei, «rivel[erà] apertamente il rovello del giurista»⁽¹¹⁹⁾: «noi soli — queste le sue parole — insieme alla magistratura abbiamo vissuto questo tormento delle leggi che si sbriciolano come carta pesta parlata tra le mani di chi voleva servirsene»⁽¹²⁰⁾.

Dove a emergere non sembra sia solo la fatica nel dismettere gli abiti consueti, né tanto meno una mera giustapposizione (o contrapposizione) di motivi; a emergere sembra sia piuttosto la percezione (quanto consapevole, non conta) della complessità di un bilancio, consuntivo e preventivo insieme, che gettava un ponte, ancora una volta, tra passato e futuro, attraverso un presente che riproponeva in maniera imperiosa, in un contesto che ormai si avviava a essere democratico e pluralista, il problema dei contenuti del diritto e del metodo di lavoro del giurista.

⁽¹¹⁷⁾ Il testo della difesa di P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci* (1956), si può leggere in ID., *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze, Sansoni, 2004, p. 53 e ss.

⁽¹¹⁸⁾ CALAMANDREI, *La certezza del diritto*, cit., pp. 347-348.

⁽¹¹⁹⁾ B. SORDI, *Giurisprudenza: sprazzi di storia nella cronaca di una facoltà*, in *L'Università degli studi di Firenze 1924-2004*, Firenze, Olschki, 2004, p. 187.

⁽¹²⁰⁾ P. CALAMANDREI, *Gli avvocati e la libertà*, pubblicato sul «Corriere della Sera» del 25 agosto del 1943 (la citazione è tratta da SORDI, *Giurisprudenza: sprazzi di storia*, cit., p. 187).

RICCARDO FERRANTE

IDEOLOGIE DELLA GIURISDIZIONE
E CULTURA GIURIDICA TOGATA

Tradizione, nomofilachia,
formanti e metodo storico (*)

Gli operatori della giustizia percepiscono le attuali contingenze del lavoro cui attendono come uno scenario complessivo dinamico, ma anche preoccupante. È infatti constatazione condivisa che il ventennio appena chiuso, ad esordio del XXI secolo, sia un piano inclinato verso una sempre più disarticolata crisi della legge, o meglio della legalità legislativa nazionale. Un percorso ulteriore rispetto a quello degli ultimi trent'anni del secolo scorso, che era stato segnato dai temi della decodificazione e ricodificazione del diritto, temi ben impostati a partire dal noto volume di Natalino Irti e ampiamente esaminati dalla civilistica successiva, ma in sostanza ormai superati⁽¹⁾. La faglia, che si è più recentemente aperta, attraversa un crinale in parte differente e si è progressivamente ampliata.

(*) Questo articolo è la rielaborazione di quanto esposto in occasione del congresso annuale della Società italiana di Storia del diritto su *Fine della tradizione? Coscienza storica e identità del giurista*, tenutosi presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona il 24-26 ottobre 2019. Ci si è valse delle indicazioni e dei consigli degli amici Guglielmo Leo, Marco Miletti, Rodolfo Savelli, Lara Trucco e della efficienza redazionale di Federica Furfaro e Daniele Colonna; a loro un riconoscente grazie. Ovviamente opinioni, errori, omissioni sono imputabili unicamente all'autore.

(1) N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

La storia del diritto attuale si è sviluppata sotto il segno distintivo della crisi del sistema gerarchico delle fonti. Un assetto di tradizione, d'altronde, solo recente, cioè otto-novecentesca. Da questo punto di vista sono emblematiche alcune vicende giuridico istituzionali che si sono snodate nell'ultima fase e che sono ben rappresentate da almeno tre chiari fenomeni.

L'emersione di un impianto 'multilivello' delle fonti (o di tutela multilivello dei diritti) ⁽²⁾; l'identificazione, e problematica collocazione gerarchica, delle così dette 'norme interposte', accompagnate da un sistema di 'controlimiti' ⁽³⁾; un ruolo sempre più ac-

⁽²⁾ L'espressione — per altro controversa — nasce con I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, in «Common Market Law Review», 36 (1999), pp. 703-750, pp. 707-711 in specie.

⁽³⁾ Su questo sono intervenute due pronunce della Consulta note come 'sentenze gemelle': Corte Cost. 348 e 349/2007. In esse si afferma la 'maggior forza di resistenza' delle norme CEDU (trattato internazionale ratificato e messo in esecuzione dallo Stato italiano) rispetto alla legge ordinaria successiva; il giudice ordinario non ha però facoltà di disapplicare la legge reputata contrastante con le prime, potendo esclusivamente sollevare questione di legittimità costituzionale. Per altro le disposizioni CEDU pongono principi generali del diritto eurounitario (in base all'art. 6/3 del Trattato dell'Unione Europea [TUE], su cui ampiamente in seguito). Quelle CEDU sono presentate dunque come 'norme interposte', cioè «di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria». La gerarchia delle fonti subisce dunque un nuovo assestamento e la legge necessariamente scala di un gradino. Si profilerebbe un ordine giuridico a struttura multilivello con un sistema di graduazione non sempre certo. Quanto ai 'controlimiti' essi hanno lo scopo di evitare che «una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la costituzione»; dunque prima va verificata comunque la costituzionalità della norma interposta, e poi quella della norma legislativa censurata rispetto a quella interposta (Corte Cost. 348/2007; §4.7). Va anche detto, ma questa non può essere la sede per sviluppare ulteriormente il tema, che sul punto sono intervenute le 'secondo sentenze gemelle' (C. Cost. 311 e 317/2009) e infine la C. Cost. 49/2015, secondo cui una 'interpretazione convenzionalmente conforme' sarebbe possibile solo in presenza di una giurisprudenza convenzionale consolidata, su cui R.G. CONTI, *La Cedu assediata? (Osservazioni a Corte Cost. n. 49 del 2015)*, in www.giurcost.org, 2015, 1, 10 aprile 2015, p. 181 e ss. Sull'evoluzione in questo ambito, e in commento alla sentenza C. Cost. 49/2015, importante è M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in «Penale contemporaneo — Rivista trimestrale», 2015, 2, http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/bignami_2_15.pdf: la 'giurisprudenza europea

centuato di strutture giurisdizionali non nazionali (la Corte di giustizia dell'Unione e la Corte EDU).

Su questo si è innestata (l'uso come emblematico caso di specie) una vicenda giurisprudenziale eurounitaria, che ha fornito un'ampia palestra scientifica a costituzionalisti, cultori del diritto dell'Unione, cultori del diritto penale. Ma, soprattutto, il caso in questione ha profondamente turbato gli operatori della giustizia. Parlo ovviamente della cosiddetta 'saga Taricco', che ha generato *medio tempore* una 'regola Taricco' (Gran Sezione della Corte di giustizia 2015), poi affossata da una sentenza, restauratrice per alcuni, della nostra Consulta (115/2018).

Non è il caso di entrare nei dettagli, per lo più assai noti vista l'eco sistemica che la vicenda ha avuto. In specie si trattava della normativa in tema di prescrizione del reato ritenuta appunto dalla Corte di Lussemburgo, a un certo punto della vicenda, lesiva degli interessi finanziari dell'Unione. L'occasione era rappresentata dall'accertamento di una classica 'frode carosello', un sistema di transazioni tra società di vari stati UE con lo scopo finale di eludere l'IVA.

In estrema sintesi il tema è stato, e in realtà rimane: esiste una legalità sovra nazionale, una legalità comune europea, che arriva addirittura a violare quella provincia munitissima dell'esperienza giuridica, costituita dal diritto penale sostanziale? È possibile che la giurisprudenza eurounitaria abbia il potere di 'ordinare' (al legislatore o ai giudici comuni nazionali) la disapplicazione del diritto penale legislativo interno in nome di interessi comuni sovranazionali? Può tutto ciò avvenire in nome della «tutela degli interessi

consolidata', equivarrebbe a un 'diritto vivente europeo' prodotto dai giudici comuni («Il giudice italiano avrà all'inizio il timore di aver perso la bussola con cui aveva iniziato ad orientarsi, e troverà ingrato l'ulteriore compito di scandagliare la giurisprudenza europea alla ricerca del diritto vivente. Si potrà consolare, però, pensando che quella bussola subiva eccessive perturbazioni magnetiche, ed accorgendosi che, in ultima analisi, la Corte lo ha richiamato al ruolo di socio fondatore del sistema convenzionale di tutela dei diritti»; p. 291). Bignami è magistrato amministrativo, attualmente assistente di studio alla Corte Costituzionale, ed autore anche di *Ordinamento nazionale e CEDU. Impressioni al sole che è sorto*, in *Istanze costituzionali e sovranazionali nel diritto tributario*, a cura di F. Buffa, Viclavi (FR), Key, 2016.

finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del TFUE, nei casi di frodi tributarie di rilevante entità?»⁽⁴⁾.

In conclusione la risposta della Corte costituzionale è stata negativa. Con la sentenza 115/2018 si è ribadito che la legge nazionale non può essere in alcun caso pretermessa. E va notato come in qualche modo sia scesa in campo la giurisdizione nazionale; il presidente della Consulta in quel momento si è fatto anche redattore, trattandosi in specie di personalità autorevolissima quale Giorgio Lattanzi, giudice della Corte di parte togata. È stato lui a richiamare le colonne d'Ercole della determinatezza in campo penale.

In realtà il principio era già stato affermato dall'ordinanza 24 del 2017, con la quale la Consulta aveva investito la Corte di giustizia in via pregiudiziale perché spiegasse come si stava dipanando la questione, e su quale base sarebbe stato necessario esaminare l'adombrata incostituzionalità del trattato UE. La determinatezza era posta come corollario del principio di certezza del diritto: la giurisdizione eurounitaria — dichiara in ordinanza la Consulta — non può modificare i termini della prescrizione, tantomeno dopo la commissione degli atti costituenti reato cui vorrebbe riferirsi. E questo in base alle «tradizioni costituzionali comuni agli stati membri».

La Corte di Giustizia in sostanza a quel punto si adeguò a tale posizione⁽⁵⁾. Di seguito la Corte costituzionale è intervenuta con

⁽⁴⁾ In queste pagine si ometterà completamente il 'caso Contrada', per alcuni versi parallelo al 'caso Taricco', che ha investito la Corte EDU di Strasburgo. Il tema potrebbe essere configurato sul dubbio che il 'concorso esterno' sia di origine giurisprudenziale (dunque frutto del lavoro interpretativo/creativo del giudice) o meno (deriverebbe in questa seconda ipotesi da una lettura complessiva delle norme codicistiche), con evidenti riflessi sul tema della legalità penale, della riserva di legge, della determinatezza. La Corte di Strasburgo in realtà ha dato per scontato che il 'concorso esterno' sia di origine giurisprudenziale e convenzionalmente compatibile, ma ha ritenuto che al momento dei fatti contestati a Contrada il precetto fosse ancora confuso e non conoscibile.

⁽⁵⁾ Grande sezione 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A.S. e M. B. «l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione,

sentenza, la 115/2018 appunto, potendo dichiarare infondata la questione di illegittimità della norma euro unitaria, ma interpretando il trattato sulla base della «tradizione» e dunque del necessario rispetto della legalità nazionale.

Il trattato UE — dunque — è costituzionalmente conforme perché rispetta la tradizione. Anzi, è proprio l'art. 6.3 TUE (modificato dal Trattato di Lisbona del 2007) a ricordare come i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU — costituenti principi generali per la UE — siano «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri», e così originati «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Ma ci sono anche altre fonti non meno utili sul piano sistematico complessivo. Ad esempio l'art. 52.4 della *Carta dei diritti fondamentali UE* (del 2000) detta che «laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni». E se, per altro, la sentenza 115, rafforzando il proprio ragionamento, parla di rispetto della «identità costituzionale», l'art. 4.2 TUE a sua volta riporta che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica, e costituzionale...».

Nel 2011, con la sentenza n. 80 (§ 5.2), la Corte Costituzionale ha fatto il punto:

rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato». Insomma, prevalgono i principi di determinatezza e irretroattività, che poi, come osserva la Consulta nella 115, sono principi propri anche del diritto convenzionale e dello stesso sistema eurounitario.

La tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine dai «principi generali», che — secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato — comprende i diritti della stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ⁽⁶⁾.

In particolare, in relazione a quanto disposto dalla *Carta dei diritti fondamentali* si è aperta un'ulteriore frattura interpretativa con la sentenza della Corte Costituzionale 269/2017; secondo questa pronuncia, deputata a verificare la «armonia» (intendendo forse «conformità»?) con le specifiche «tradizioni costituzionali» sarebbe appunto la Consulta stessa. E questo senza escludere la Corte di Lussemburgo, essendo possibile un «concorso di rimedi giurisdizionali» e dunque casi di «doppia pregiudizialità». Il richiamo alle «tradizioni costituzionali» (nazionali, verrebbe da aggiungere) sembra rafforzato dal fatto di essere proposto in un *obiter dictum* («Una precisazione si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali») e ciò che appare evidentissimo è che proprio la *tradizione* sia categoria, e snodo istituzionale, fondamentale ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Per altro questa pronuncia è stata letta come volta «a mettere in evidenza i profili di *separazione* tra gli ordinamenti, a tutto discapito di quelli d'*integrazione*»; A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte Cost. n. 80 del 2011)*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 23 marzo 2011, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0002_nota_80_2011_ruggeri.pdf; sulle tradizioni costituzionali comuni: ID., *'Itinerari' di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 383 e ss. Cfr. A. CELOTTO, *Le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri come limite alla prevalenza del diritto comunitario*, in «Giustizia Amministrativa», 2005, 4, pp. 898-900; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in «Il Filangieri: rivista trimestrale di scienza della legislazione e di diritto pubblico», 2014, 1, pp. 103-124; S. GAMBINO, *Identità costituzionali e "primauté" euorounitaria*, in «Quaderni costituzionali», 2012, 3, pp. 533-561.

⁽⁷⁾ «Fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzio-

Le *tradizioni costituzionali comuni* sono state viste, a seconda dei casi, o come categoria transitoria in vista di una vera e propria costituzionalizzazione dell'ordinamento eurounitario, o quale base fondante — e dunque duratura — su cui quella costituzionalizzazione dovrebbe basarsi; ad ogni modo una questione sistemica, centrale, che tocca i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario⁽⁸⁾. La 'razionalizzazione' delle *tradizioni costituzionali comuni* da una parte dovrebbe essersi concretizzata nella carta di Nizza, dall'altra — nell'evoluzione progressiva della tutela dei diritti — sulla base della elaborazione (giurisprudenziale, dunque) della corte di Lussemburgo⁽⁹⁾. Le 'tradizioni' così intese avrebbero in realtà non tanto un significato passatista, quanto piuttosto di sintesi progressiva, che incarnerebbe effettivamente un'idea virtuosa di storia che serva per il futuro.

Nel frattempo, però, ci si è chiesti se davvero sussista quella 'comunanza', posta la diversità degli ordinamenti, pur nella famiglia unica delle liberaldemocrazie.

Quanto al concetto di identità, e alla necessità di declinarlo sul piano continentale, il riferimento pare più accentuatamente politico. Come ha sottolineato il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla Camera dei Deputati il 22 marzo 2017 in occa-

nale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana [...] Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex art. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali [...] In senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione (si veda ad esempio la Corte Costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012, U 466/11; U 1836/11-13)». Tutto ciò sotto la presidenza di Paolo Grossi, e per il lavoro di redazione di Marta Cartabia.

⁽⁸⁾ A. RUGGERI, "Tradizioni costituzionali comuni" e "contro limiti", *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2003, p. 103.

⁽⁹⁾ Ivi, pp. 106 e 113.

sione delle celebrazioni per il sessantesimo anniversario dei Trattati di Roma: «L'identità europea è costituita dall'insieme del patrimonio culturale e della eredità storica di ciascuno e da un patrimonio di principi condivisi, sviluppato congiuntamente in questi decenni».

Il capo dello Stato ha chiuso altresì il suo intervento citando Alcide De Gasperi là dove aveva affermato: «Contro la marcia delle forze istintive e irrazionali non c'è che l'appello alla nostra civiltà comune: alla solidarietà della ragione e del sentimento della libertà e della giustizia».

Da parte della dottrina giuridica si è evidenziata invece la difficoltà a individuare 'tradizioni' in concreto, dialogando però in effetti poco con la storia come dato e come metodo. Si è così richiamato quasi solo l'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 là dove recita che «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha costituzione», e soprattutto con riferimento alla protezione dei diritti fondamentali, di cui per altro curiosamente nel *Trattato di Roma* (1957) non si parlava⁽¹⁰⁾. Alcuni, per contro, hanno evidenziato come il regime della prescrizione (il punto di merito della 'saga Taricco') in alcuni ordinamenti sia di diritto processuale, in altri — come il nostro — di diritto sostanziale, collocazione che lo pone sotto l'ombrello della riserva assoluta di legge. D'altronde proprio

il diritto penale e processualpenale è l'ambito in cui maggiormente si avverte la persistente differenza tra sistemi giuridici di *common law* e quelli di *civil law*, dal momento che nei secondi il principio di legalità affida un essenziale ruolo di garanzia alla legge parlamentare, la quale non può essere sostituita da diritto di creazione giurisprudenziale. In ambito penale la determinazione della fattispecie non è fungibile ad opera della giurisprudenza, giacché — storicamente parlando — è proprio nei riguardi dei giudici che la funzione garantistica della legge deve anzitutto espletarsi⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata dalla Corte dell'Unione*, in «Consulta online», 2015, 1, pp. 249-251.

⁽¹¹⁾ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in «Rivista AIC», 2017, 3, https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2017_Cartabia.pdf, p. 14.

In definitiva anche la ‘saga Taricco’ ha proposto il fronteggiarsi di due contrapposte ideologie della giurisdizione, una favorevole comunque al predominio della legislazione nazionale, l'altra a un ruolo ordinante della magistratura di legittimità in un più ampio contesto convenzionale e secondo una linea culturale più sensibile all'esperienza di *common law*.

E allora, stando a tale seconda linea, la sentenza 115 riproporrebbe, in realtà, non tanto una tradizione, ma «un modello di *civil law* ormai obsoleto», anche per il ruolo ancillare attribuito ai giudici di merito, sottoposti al *diktat* della Corte costituzionale (con una sentenza — la 115/2018 — interpretativa, *erga omnes*, sulla giurisdizione)⁽¹²⁾. Forse andrebbe posto anche il problema di dove si collochi il confine tra esercizio della funzione nomofilattica e i dettati (intendo: l'ipotizzato *stare decisis*) della Corte di Cassazione (lo si vedrà meglio nelle prossime pagine).

Questa pronuncia di infondatezza, rivolta appunto *erga omnes*, avrebbe di fatto inappropriatamente dichiarato la Consulta competente a decidere sul fatto che il diritto sovranazionale abbia violato o meno il sistema dei controlimiti; si sarebbe dunque trattato di una sorta di sentenza ‘politica’ (e non ‘giurisdizionale’) volta a imporre «una linea di comportamento cui gli operatori (e, segnatamente, i giudici) sono tenuti rigorosamente a conformarsi»⁽¹³⁾.

Altri, non meno autorevolmente, hanno sostenuto che, attraverso lo strumento di una sentenza interpretativa di rigetto (quale è la 115/2018), i controlimiti sono stati in realtà applicati (e non senza qualche forzatura, posto che la ‘regola Taricco’ sarebbe «norma di condotta per il giudice» e non «norma penale sulla punibilità»)⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in «Consulta online», 2018, 3, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri78.pdf>, p. 495.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 489.

⁽¹⁴⁾ M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale N. 115/2018. La determinazione ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in «Diritto penale contemporaneo», 11 luglio 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/8210-donini2018b.pdf>, p. 19 e *passim*.

Posto che poi, comunque, le ‘tradizioni’ non sono costituite esclusivamente da norme scritte ma quantomeno da consuetudini costituzionali e prassi giudiziali⁽¹⁵⁾. Un materiale assai composito e dinamico che faticherebbe ad assumere sufficiente rilievo nella determinazione del ‘diritto comunitario vivente’ e dunque nella identificazione delle *tradizioni costituzionali comuni*⁽¹⁶⁾.

In questo quadro d’insieme, fortemente evolutivo, si è inserito il dibattito, appunto, sul ruolo della giurisdizione, o — diversamente detto — del formante giurisprudenziale, e su quale posto occupi nella tradizione europea, e nella nostra tradizione nazionale.

Al riguardo è stata rispolverata, anche per l’ordinamento interno, la nota massima, tipicamente anglosassone, pronunciata a Boston nel 1897 da Oliver Wendell Holmes: «the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law»⁽¹⁷⁾.

Dunque sarebbe diritto ciò che prevediamo i giudici decideranno in concreto. Il diritto è determinato dalla previsione; è diritto ciò che è oggetto di valutazione predittiva sulla base di un precedente consolidato. Se così è, però, la profezia va inserita in un contesto prospettico, cioè storico. L’approccio deve diventare — come usa dire in linguistica, ma pare sia elegante in genere — diacronico e non sincronico.

La riflessione attuale, anche di chi opera nel nostro ordinamento (nel contesto di quelli continentali), è tra il resto fortemente concentrata proprio sul problema dell’*overruling*, tipico del *common law*, o meglio del *prospective overruling*. Anche in questo am-

⁽¹⁵⁾ RUGGERI, “Tradizioni costituzionali comuni”, cit., p. 111.

⁽¹⁶⁾ «Le ‘tradizioni costituzionali nazionali’ sono [...] dei ‘materiali’ estremamente compositi nella loro interna struttura e natura, connotati [...] da un forte dinamismo interno e dalla tensione verso la ricerca di forme varie di equilibrio: tra norme dell’uno (costituzionale) ovvero dell’altro (sub costituzionale) livello della scala gerarchica e dell’una o dell’altra specie (a seconda che esprimano e soddisfino l’esigenza di auto- o etero-regolazione e, ancora, tra formazione e giurisprudenza (o ‘applicazione’ in genere)». Ivi, p. 113.

⁽¹⁷⁾ O.W. HOLMES JR., *The Paths of the Law*, in «Harvard Law Review», 10 (1897), pp. 460-461.

bito emerge un problema di tradizioni. Si tratta — come sintetizzato dalla Cassazione — di «un arresto innovativo di pregressa consolidata giurisprudenza», un'inattesa mutazione, tipicamente in ambito processuale, rispetto — appunto — al reputato 'diritto vivente' ⁽¹⁸⁾.

Posto il ruolo, 'formante', della giurisprudenza, l'*overruling* è dunque il superamento di una tradizione, che pone seri problemi al sistema delle fonti, e ai meccanismi della loro vigenza. Se infatti la legge non può essere retroattiva, non può esserlo nemmeno — per esempio — una preclusione generata dall'*overruling*, nuova — dunque — e che può essere solo *prospective*.

Tradizione, prospettiva, innovazione... Sembra insomma assai dinamico l'asse su cui si sta muovendo l'attuale orizzonte dell'amministrazione della giustizia su scala nazionale ed euro unitaria, il nuovo tracciato della storia del diritto attuale. Per comprenderlo vanno presi in esame fronti diversi e in specie, come si vedrà, merita un'attenzione particolare la cultura giuridica togata. L'esame delle voci che vengono dal suo interno (e non solo attraverso le sentenze) fornisce un'irrinunciabile chiave di accesso alla comprensione delle ideologie della giurisdizione in campo.

Circa un significativo mutamento rispetto alla tradizione va registrato innanzi tutto il contributo dello stesso legislatore nazionale. Vediamone i contorni partendo da un concetto recentemente sempre più invalso nel discorso giuridico.

Oggi, infatti, si evoca normalmente una categoria tradizionale per comprendere l'evoluzione delle strutture giudicanti centrali, della nostra Corte di Cassazione in specie: la 'funzione nomofilattica'. Al riguardo i riferimenti normativi sono piuttosto chiari ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Cass. Sez. Un. 15144/2011; cfr. ordinanza Cass. 29506/2018. Nell'ambito della cultura giuridica togata, anche qui in favore della *law in action* (e del 'diritto vivente') contro la *law in books*, A. BALSAMO, *Efficacia nel tempo della svolta giurisprudenziale*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, Dike, 2017, pp. 275-308.

⁽¹⁹⁾ Avendo scelto in questo saggio di seguire in particolare le linee della cultura giuridica togata, si rinvia in generale ai nove paragrafi dell'ampia *Premessa* (uno dei quali dedicato a *La forma "debole" della regola dello "stare decisis"*), del monumentale G. AMOROSO, *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, Giuffrè, 2019². L'autore,

Il d.lgs. n. 40 del 2006 (*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di Cassazione in funzione nomofilattica*) ha modificato l'art. 374 comma 3 CPC prevedendo la rimessione obbligatoria del ricorso alle Sezioni unite della Corte di Cassazione da parte della Sezione semplice nel caso di non condivisione del principio di diritto formulato in precedenza dalle Sezioni unite stesse. Più di un decennio dopo, la legge 103 del 2017, modificando il codice di procedura penale in più parti, ha inserito nell'art. 618 il comma 1-*bis*, che prevede anche nel penale la rimessione alla Sezioni unite, analogamente a quanto indicato dalla norma processual-civilistica del 2006.

È interessante notare come proprio l'ambiente della Cassazione (in specie Giorgio Fidelbo, già applicato al Massimario come vicedirettore competente per il servizio penale e ora Coordinatore delle Sezioni unite penali, oltre che presidente di sezione) legga la norma del 2017 come ratifica di prassi invalse. Infatti — annota l'alto magistrato — «La valorizzazione della vocazione nomofilattica è obiettivo già perseguito nei rapporti interni della corte di cassazione», avendo ovviato con la prassi a un sistema che non conferiva forza vincolante al 'precedente' delle Sezioni unite, e creava conflitti tra Sezioni unite e Sezioni semplici⁽²⁰⁾. Dunque, sancire legislativamente questo vincolo gerarchico anche nel penale (l'obbligo di rimessione alle SU) sancirebbe definitivamente la fun-

già magistrato della Corte di Cassazione e direttore del Massimario, è attualmente giudice costituzionale. Cfr. ID., *Massime della Cassazione e principi del diritto vivente*, in *I processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 147-160; ampia la trattazione sul tema nel capitolo dedicato a *Nomofilachia e diritto vivente* da Luigi Rovelli (già primo Presidente aggiunto alla Corte di Cassazione), ivi, pp. 3-59, con ampia parte storica.

⁽²⁰⁾ G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in «Diritto penale contemporaneo», 29 gennaio 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5829-verso-il-sistema-del-precedente-sezioni-unite-e-principio-di-diritto>, p. 3; l'articolo è anche in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative. Commentario alla legge 23 giugno 2017 n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018 n. 11*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 115-140. In precedenza ID., *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., pp. 133-142.

zione nomofilattica della Cassazione, letta come possibilità di elaborare ‘precedenti’ in un quadro di *stare decisis*.

Nell’articolo di Fidelbo l’aspetto gerarchico viene in realtà sfumato. Qualora le Sezioni unite, invece che resistere alla *dissenting opinion*, decidano di recepire il contributo argomentativo delle sezioni semplici, anche esse parteciperanno alla « costruzione del diritto vivente »⁽²¹⁾.

Difficile dire, però, quanto sia realistica questa eventualità. Ad ogni modo la « pronta ‘risposta nomofilattica’ » è vista come l’unica soluzione per assicurare l’uniforme applicazione della legge⁽²²⁾; questo anche in considerazione dell’urgenza per la Cassazione di dover produrre 58.000 provvedimenti penali l’anno, con l’oggettiva elevata probabilità di pronunce contrastanti. La ‘suprema corte’ italiana si trova necessariamente trasformata in

un giudice a tre dimensioni: innanzi tutto è giudice di inammissibilità del ricorso quando opera come settima sezione; è giudice dello *ius litigatoris* quando giudica come sezione semplice; diventa giudice dello *ius constitutio-nis* quando decide in sezioni unite⁽²³⁾.

Vi è in sostanza uno scarto di tradizione netto nei rapporti tra magistratura e legislatore, il quale avrebbe consegnato anche nel penale alla Cassazione — o meglio, alle Sezioni unite... — un ruolo più incisivo rinforzandone la funzione nomofilattica⁽²⁴⁾.

Tutto ciò dovendo però tenere conto delle perplessità da altri espresse circa la « difficoltà della Cassazione penale ad esercitare [in concreto] la funzione di nomofilachia ». Difficoltà che, come a suo tempo segnalato dal presidente emerito della Cassazione Ernesto Lupo, consistono nell’alto numero dei ricorsi, nelle fisiologiche differenze tra collegi giudicanti, nella necessità di rispettare la ‘durata ragionevole’, anche se in effetti recentemente le Sezioni unite hanno adottato modelli operativi, e schemi di redazione delle sen-

(21) FIDELBO, *Verso il sistema del precedente?*, cit., p. 16.

(22) Ivi, p. 13.

(23) Ivi, p. 15.

(24) *Ibidem*. E ancora: « Deve darsi atto al legislatore del 2017 di essere riuscito a realizzare alcune delle riforme di cui da tempo si discuteva e sulle quali si era raggiunta una condivisione da parte di tutti gli operatori del diritto »; ivi, p. 18.

tenze, più efficaci⁽²⁵⁾. Di speciale rilievo il rapporto con le pronunce CEDU:

Il rilievo maggiore attribuito [...] al formante giurisprudenziale della legalità, unitamente alla maggiore incidenza delle sentenze della Corte di Strasburgo, rendono ancora più rilevante il ruolo della Cassazione, chiamata spesso ad affrontare i non facili problemi degli effetti sull'ordinamento interno delle pronunzie della Corte EDU. [...] In sintesi può dirsi che la Cassazione se non può essere qualificata come Corte Suprema perché tale non lo è più dopo l'entrata in funzione della Corte Costituzionale e delle due Corti europee (di Lussemburgo e di Strasburgo) ha accresciuto il rilievo del suo ruolo nomofilattico. Per quanto attiene alla Cassazione penale, la sua giurisprudenza deve essere ritenuta essenziale per il rispetto del principio di legalità, che ormai non può considerarsi soltanto legislativa, ma comprende anche la costanza della applicazione giudiziaria della legge⁽²⁶⁾.

Va però a questo punto ricordato che ad esito d'un itinerario legislativo e dottrinale dipanatosi sin dal tardo '700, l'art. 25/

⁽²⁵⁾ E. LUPO, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., pp. 33-35.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 41. Significativamente, in appoggio a questa visione Lupo richiama — sempre in ambito di cultura giuridica togata — G. SANTACROCE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, disponibile in http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/det_inaug_anno_giud_doc.page?contentId=IAG17166 e G. LATTANZI, *La Cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sopranazionali*, in «Cassazione penale», 2012, p. 3243. Visioni diverse vengono da un altro ex-magistrato, ma poi accademico, come D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2015, p. 29, dove si parla della giurisprudenza come «possibile deformante della legalità». D'altronde lo stesso Lupo sottolinea: «Una rilevanza ancor maggiore alla giurisprudenza della Cassazione è attribuita dalla proposta [di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 2014²] di introdurre nell'ordinamento un vincolo giuridico nei confronti dei giudici di merito alle sentenze della Cassazione, sia pure limitatamente a quelle delle Sezioni unite. È una proposta che mi sembra, da un lato, non necessaria e, dall'altro, pericolosa»: ivi, p. 48. Tra l'ampia letteratura scientifica disponibile, si sceglie F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2013, 4, pp. 143-173, anche su www.rivistaitalianaperlescienzeigiuridiche.it, e ID., *Legalità fra law in books e law in action*, nel medesimo *Cassazione e legalità penale*, cit., pp. 63-76; più risalente, ma di ampio impianto, ID., *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio fondamentale*, in «Quaderni fiorentini», 36 (2007), *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, pp. 1279-1329.

Il Cost. è lapidario: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Come ha sottolineato un'autorevole voce della cultura giuridica togata di Cassazione — Guglielmo Leo — nell'ordinamento penale italiano il principio di legalità si è via via consolidato escludendo che nel settore punitivo fosse possibile dar corso a fonti diverse dal diritto positivo legislativo, negando perfino la possibilità di un intervento della Corte costituzionale quando fosse *in malam partem*. L'attività interpretativa della giurisprudenza, ordinaria o costituzionale e pur indirizzata a rendere conforme a Costituzione la disposizione legislativa, è gravemente confinata alle ipotesi in cui essa sia *in bonam partem* e appunto rigidamente compatibile col dettato della Carta⁽²⁷⁾.

Nel frattempo è intervenuta anche la riforma del processo civile di Cassazione di agosto/ottobre 2016 (d.l. 168/2016, convertito con l. 197/2016), secondo cui solo i giudizi con «valenza nomofilattica perché la questione di diritto è di particolare rilevanza» sono destinati alla trattazione in seduta pubblica, mentre gli altri vanno esaminati ad adunanza camerale.

Necessariamente il tema del 'giudice legislatore' si fa di strettissima attualità. Ad esso sono dedicate nel solo 2016 almeno due numeri monografici, o con ampia parte monografica, di periodici giuridici, per motivi diversi significativi: «Diritto pubblico» (2016, 2) e «Questione giustizia» (2016, 4); il secondo tipica pubblicazione 'togata' (in sottotitolo «Trimestrale promosso da Magistratura democratica»...).

Ecco allora che, rimanendo all'interno della cultura giuridica della Cassazione, per Giovanni Canzio, in quel momento suo primo presidente e più radicalmente rispetto a Fidelbo, la trasformazione delle forme del rito darebbe prova di un vero e proprio

(27) G. LEO, *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in «Questione giustizia», 2016, 4, pp. 161-163. Per altro si fotografava un quadro antecedente a recenti e significative evoluzioni della stessa giurisprudenza costituzionale sui limiti del sindacato di legittimità in materia penale (dunque nel senso indicato da Leo).

mutarsi ed articolarsi delle funzioni della Corte⁽²⁸⁾. Il suo giudizio è nettamente positivo perché portare in udienza pubblica, e definire con sentenza, solo i ricorsi a valenza nomofilattica significa dare rilievo alle decisioni con i «connotati del ‘precedente’ in senso stretto». Questo sancirebbe in modo definitivo una mutazione genetica profonda, trasformando la Cassazione italiana da ‘corte della revisione’, appunto, a ‘corte del precedente’. Centrale, per Canzio, è dunque il tema dell’*inventio* («quale peculiare attività di ricerca giudiziale»), concetto il cui perimetro è tracciato dai contributi di Paolo Grossi susseguitisi dal 2012 in poi⁽²⁹⁾.

Il *diritto giurisprudenziale*, dunque, sarebbe «‘formante’ dell’ordinamento, o almeno ‘coformante’ insieme ad altre fonti del diritto», e questo in forza della ‘nomofilachia’ attribuita ai giudici della Cassazione in base all’art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 con cui ad essa, come «organo supremo di giustizia», è attribuita la funzione di garantire «l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale».

Col d.lgs. 40/2006 il legislatore — evidentemente qui più avveduto del solito — avrebbe «deciso di rilanciare questo concetto operativo in funzione di governo dell’impetuosa fluidità del diritto contemporaneo. La nomofilachia è la risposta legislativa alla post-modernità del discorso giuridico»⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ G. CANZIO, *La riforma del giudizio civile di Cassazione. Una introduzione*, in «Diritto penale contemporaneo», 6 marzo 2017.

⁽²⁹⁾ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in «Diritto penale contemporaneo», 6 febbraio 2017; l’articolo è anche in «Diritto pubblico», 2017, 1, pp. 21-28. Canzio omette P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, in quanto non ancora edito, ma ovviamente riepilogativo e conclusivo sul tema.

⁽³⁰⁾ CANZIO, *Nomofilachia*, cit., p. 2. Certo, nella norma del ’41 si riconosce «il razionalismo formale di stampo weberiano», la calcolabilità del diritto, il paradigma della fattispecie (ormai notoriamente ‘in crisi’), il giudice automa, in realtà secondo un modello di ascendenza illuminista (Montesquieu, Beccaria, ecc.), tutte categorie ritenute ‘irrealistiche’. E qui si citano, sulla crisi della fattispecie: N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in «Rivista di diritto civile», 2014, 5, pp. 987-991; ID., *Un diritto incalcolabile*, in «Rivista di diritto civile», 2015, 1, pp. 11-22; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in «Rivista di diritto processuale», 2016, 4-5, pp. 917-925. Significativamente su questi temi si era soffermato Natalino Irti proprio in occasione del convegno annuale della Società italiana di Storia del diritto svoltosi a

La proliferazione delle fonti ha infatti necessariamente spinto il giudice verso una «struttura decisionale ‘multilivello’», scandita principalmente dalla costruzione piramidale Corte costituzionale, Corte di giustizia, Corte dei diritti dell’uomo.

L’*antidoto* (sic!) contro «l’incertezza e la fluidità dell’esperienza giuridica postmoderna» sarebbe appunto la nomofilachia. Non però una nomofilachia ‘verticale’, bensì ‘orizzontale’, ‘circolare’, e ‘cetuale’ di cui si farà sintesi la Corte di Cassazione, dopo che i giudici del merito abbiano sollevato le questioni per poi ricevere la panacea (il termine è di chi scrive) giurisprudenziale del giudice di legittimità. Dunque, sebbene nei sistemi di *civil law* il precedente abbia solo valore ‘persuasivo’, ecco che ora se ne ipotizza la forza vincolante; dunque «una forma attenuata di *stare decisis* ci avvicina ai sistemi di *common law*»⁽³¹⁾.

Il tema, storicamente inteso (e per come rappresentato dagli storici del diritto), è in realtà assai complesso.

Vanno innanzi tutto tenuti distinti — ce lo ricorda Harold J. Berman — il concetto «tradizionale» del precedente dalla dottrina dello *stare decisis* che si afferma solo nel XIX secolo. La dottrina del precedente dipendeva dall’idea che nelle scienze sociali, così come nelle scienze naturali, la ripetuta applicazione e la verifica empirica fossero prova della validità di una scelta: essa si condensava in una serie di casi e non in una decisione singola⁽³²⁾. Lo *stare decisis* implica tutt’affatto diverso impegno interpretativo, e a questo va attribuita la sua speciale fascinazione.

Roma il 14-15 novembre 2013 sul tema *Casistica e sistema nel sistema giuridico europeo*, cfr. ID., *La crisi della fattispecie*, in «Rivista di diritto processuale», 2014, 1, pp. 36-44. Quanto invece alla *calcolabilità*, un quadro complessivo, anche storico, in M. DE FELICE, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 37-57.

⁽³¹⁾ Oltre a Canzio su questo giudizio si assesta anche Fidelbo, che per la modifica del 618 CPP parla di un «sistema basato su un modello *soft* di precedente a vincolatività relativa»; FIDELBO, *Verso il sistema del precedente?*, cit., p. 18.

⁽³²⁾ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. II. L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, a cura di D. Quaglioni, Bologna, il Mulino, 2010 (*Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) — London, Harvard U.P., 2003), pp. 493-494.

Lo stesso termine ‘precedente’ assume significati diversi nei diversi paesi di *common law* (e nelle diverse fasi storiche, e secondo diverse tendenze dottrinali), e poi ancora in Italia, ed è dunque davvero necessario mettere in guardia dai ‘falsi amici’ linguistico-giuridici. Allo stesso modo, ad esempio, distinguere tra lo *stare decisis* e lo *stare dictis*, dunque tra ciò che i giudici *fanno* e ciò che *dicono di fare* ⁽³³⁾.

Al riguardo vale la pena richiamare un’osservazione di Tomaso Epidendio, in relazione al tema centrale del ruolo della giurisprudenza euro unitaria e convenzionale. Gli pare infatti anomalo che si utilizzi in tema di ‘giurisprudenza consolidata’ (primigenia definizione del ‘diritto vigente’) quella di «Strasburgo, che a differenza di quella di Lussemburgo, rimane casuistica e solo latamente interpretativa» (e dunque poco adatta a ‘consolidare’ qualsivoglia tendenza interpretativa). Insomma,

Il condizionamento culturale d’approccio secondo il ‘diritto vivente’ è così grande che se ne fa un uso, anche impropriamente, quando sarebbe stato assai più semplice muoversi sul piano di una cultura del ‘precedente’ [...] In ogni caso, la lezione che sembra potersene trarre è che il ricorso al ‘diritto vivente’ finisce per accentuare i conflitti inter-istituzionali, anziché attenuarli, e che forse finisce per esserne una delle cause concorrenti e contingenti, insinuando una vera e propria rivoluzione di metodo e di approccio in modo quasi inconsapevole e surrettizio ⁽³⁴⁾.

E si evidenziano, battendo in breccia il tema, nuove questioni che attengono al manifestarsi effettivo degli orientamenti giurisprudenziali e alla loro inflazione, e dunque a una efficace selezione dei precedenti (realmente influenti e quindi vincolanti) ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ G. ALPA, *La regola del precedente e i suoi «falsi amici»*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., pp. 129-142.

⁽³⁴⁾ T.E. EPIDENDIO, *I rapporti fra Corte costituzionale e Cassazione in tema di legalità*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., pp. 237-238; il punto di osservazione di Epidendio è particolarmente interessante, trattandosi di un magistrato già assistente di Studio alla Corte costituzionale, e attualmente Sostituto al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

⁽³⁵⁾ R. RORDORF, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., pp. 89-104; l’autore è stato primo presidente aggiunto della Corte di Cassazione. Cfr. A. DI PORTO, *I «nuovi sacerdoti» della «giurisprudenza della corte»*, ivi, pp. 171-180. In precedenza, di Rordorf, *Nomofilachia e diritto vivente nell’esercizio*

Un grande storico del diritto e comparatista come Raoul C. Van Caenegem, quando si tratta di rispondere alla domanda se «è migliore il diritto dei giudici, il diritto dei legislatori o quello degli studiosi» (o diversamente detto «il *case law*, la legge, o la dottrina»), non pare nutrire dubbi: il primo. Salvo riconoscere, pure, che lo stesso *case law* ha una sua debolezza, quando un eccessivo riguardo per il precedente lo porta ad essere «stagnante»; e poi «manca di una conveniente struttura concettuale e dà ben poco spazio alla generalizzazione»⁽³⁶⁾.

Infine proprio tra le opere del ‘principe’ del normativismo giuspositivista, Hans Kelsen, possiamo anche trovare (siamo nel 1929; *La dottrina pura del diritto* è del 1934):

L'analisi strutturale del diritto inaugurata dalla scuola giuridica di Vienna [...] pone fine — si può sperare per sempre — al pregiudizio che tutta la produzione del diritto sia racchiusa nel solo grado della legge. Essa mostra che il processo di produzione del diritto non comincia col grado della legge né finisce con esso, ma che piuttosto — penetrando dal grado della costituzione, attraverso la legge e il regolamento, giù fino agli atti giuridici individuali — è da concepire come un processo di continua concretizzazione, nel quale il diritto passa da una forma astratta a forme via via più concrete; come un eterno processo nel quale lo stato si genera sempre di nuovo⁽³⁷⁾.

Comunque sia, sembrerebbe di capire che la netta gerarchizzazione all'interno della Corte suprema italiana generi automaticamente vincolatività *erga omnes*, e in modo prospettico, erigendo le Sezioni unite a produttrici di norme giuridiche, secondo un principio di autorità che sembra prevalere su quello di persuasività. D'altronde su analoghi temi si era già espresso Alessandro Pajno, a propria volta presidente del Consiglio di Stato (tra il 2016 e il

della giurisdizione, in *Le riforme del processo civile*, a cura di D. Didone, Milano, Giuffrè, 2014.

⁽³⁶⁾ R.C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, a cura di M. Ascheri, Milano, Giuffrè, 1991, p. 113; il volume è la traduzione di *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge U.P., 1987.

⁽³⁷⁾ H. KELSEN, *Giurisdizione e amministrazione*, in Id., *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 128-129; il saggio (pp. 121-156) è la traduzione di *Justiz und Verwaltung*, in «*Zeitschrift für soziales Recht*», I (1929), pp. 1-25.

2018), mettendo in evidenza come la giustizia amministrativa avesse cooperato all'emersione dell'interesse legittimo e a creare i rimedi giuridici idonei alla tutela delle situazioni soggettive, operando dunque in modo 'creativo' ⁽³⁸⁾. Temi su cui recentemente è tornato Roberto Garofoli (presidente di sezione del Consiglio di Stato) evidenziando come gli indirizzi interpretativi dei giudici amministrativi orientino le attività delle amministrazioni pubbliche ⁽³⁹⁾.

In realtà sarebbe comunque esercizio interpretativo assai spregiudicato sostenere che tutto ciò si giustifichi sulla base della lunga riflessione in tema di 'invenzione del diritto' di Paolo Grossi, che non per nulla mai parla di 'creazione' giudiziaria del diritto ⁽⁴⁰⁾. La sua messa a punto definitiva avviene proprio in un contesto assai consono quale la sede della Scuola Superiore della Magistratura a Scandicci (FI), dove l'allora presidente della Consulta tiene la lezione inaugurale dell'anno formativo 2017. In quell'occasione si svolge, a parere di chi scrive, un fondamentale assestamento linguistico e, dunque, concettuale. La *creazione*, il *creazionismo* come teoria complessiva della produzione normativa, è fenomeno respinto come statico, a favore di una *invenzione*, che sottende, invece, un'evoluzione. Al giudice non si chiede 'creazione', ma 'invenzione', intesa come *inventio* («Più un *leggere*, un *decifrare*, un *conoscere* che un *volere*, un *esprimere volontà potestative...*») ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in «Rassegna forense», 2014, 3-4, pp. 649-650.

⁽³⁹⁾ R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in «federalismi.it», 2019, 20, p. 4.

⁽⁴⁰⁾ Canzio cita M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto processuale civile», LV (2001), 1, pp. 11-31.

⁽⁴¹⁾ È interessante come in sostanza Grossi applichi questa categoria, e le esigenze 'inventive', anche alla normativa costituzionale, senza però omettere una critica (che chi scrive condivide pienamente, e forse in modo ancor più netto) al concetto di *costituzione materiale*: «Dunque una dimensione costituzionale complessa. Se mi è permesso l'immagine, a due strati; e mi sentirei anch'io di parlare di un testo quale superficie affiorante di una sorta di continente sommerso, che si presenta alla nostra percezione quale latente ma viva e determinante *costituzione materiale*. Se non lo faccio è per evitare rischiosi equivoci, avendo quest'ultimo sintagma ricevuto da un pre-

Tra gli interpreti vi sono lo stesso legislatore, come gli operatori professionali (gli avvocati, ad esempio) e gli scienziati del diritto; un posto primario lo detiene il giudice. Vale la pena di sottolineare: un ruolo primario, ma non preminente, né tantomeno esclusivo.

Andrebbe compiuta una lettura attenta e comparata con i contributi recenti di Luigi Ferrajoli e Massimo Luciani, e forse le distanze apparirebbero meno ampie, al di là delle dichiarazioni di principio. Meno adesive di quel che ci si potrebbe attendere suonano, invece, le voci della magistratura di legittimità, ad esempio quelle di Giovanni Canzio, già ampiamente ripreso, ma anche di Enrico Scoditti.

Al secondo va in particolare attribuita una sottolineatura importante su un tema centralissimo, già proposto da Canzio. Secondo Scoditti, nei casi non contemplati dalla legge, il giudice bilanciando principi e circostanze del caso concreto (ecco la dimensione del *case law*) ‘rinviene’ — pur in assenza di disposizione — la norma. E proprio perché non si tratta di diritto che viene dal sovrano (il legislatore), si presumerebbe agire la regola dello *stare decisis*, con ciò consolidandosi la pronuncia giudiziale come norma — adesso l’aggettivo lo aggiunge chi scrive — ‘creata’⁽⁴²⁾.

stigioso costituzionalista, Costantino Mortati, un contenuto (tutto sommato) anchilosante nella sua riduzione alle forze politiche dominanti. Sono, infatti, convintissimo che si tratta di un ampio anche se non indefinito stato valoriale dove, al di là di un aspetto politico, conta quello etico e sociale»; GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., p. 119.

⁽⁴²⁾ E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di Cassazione e stare decisis*, in *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, a cura di G. D’Amico, Milano, Giuffrè, pp. 167-200 [prima in «Giustizia civile», 2015, p. 685 e ss.], e ID., *Il diritto che non viene dal sovrano e il precedente giudiziario*, in «Giustizia civile», 2017, 2, pp. 277-299. L’autore fronteggia l’art. 101 Cost. con l’art. 65 dell’ordinamento giudiziario (che pone la Corte suprema quale garanzia di «uniforme interpretazione della legge» e di «unità del diritto nazionale»). Il profilo della Cassazione come ‘corte regolatrice’ si definirebbe in base all’art. 374/3 CPC (la sezione semplice che non condivide un principio sancito dalle sezioni unite, rimette ad esse la definizione del ricorso), l’art. 360-bis (inammissibilità del ricorso se il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto conformemente alla Giurisprudenza della Corte di Cassazione) e l’art 363 sul principio di diritto nell’interesse della legge; ID., *Il diritto che non viene dal sovrano*, cit., p. 282.

Ancora una volta si afferma che con la proliferazione sistematica delle fonti, l'impossibilità di agire dello strumento storicamente ordinante adottato sul continente europeo (il codice) conduce automaticamente verso la sua alternativa d'oltremontana, appunto lo *stare decisis* ⁽⁴³⁾.

A quest'ultimo sarebbero affidati calcolabilità e prevedibilità del diritto, in una dimensione quasi trascendente che vede il giudice quale sacerdote del 'bilanciamento' (va detto, concetto in realtà controverso sul piano filosofico-giuridico) ⁽⁴⁴⁾. Con un sapiente gioco di scambi, adottando le tecniche del *distinguishing* e del *limiting*, il sistema processuale italiano sarebbe condotto sui binari di una tradizione diversa, e alternativa, quella anglosassone. Con ciò «la sentenza, nella misura in cui il diritto è solo caso, esprime la norma», dunque una «norma senza dispositivo». La Corte di Cassazione è identificata esplicitamente come «corte regolatrice», che coincide in sostanza con la «corte del precedente» di Canzio (e forse meno con la visione più articolata, e moderata, di Fidelbo) ⁽⁴⁵⁾.

A questo per altro si aggiunge un sostanziale ampliamento della latitudine di intervento della Cassazione, in particolare quando il motivo di ricorso è quello *ex art. 360/I n. 3 CPC*, cioè la contestata violazione di «norme di diritto»: enunciata la norma concreta, gli altri giudici devono adeguarvisi qualora ricorrano i

⁽⁴³⁾ «Il fenomeno della formazione del 'precedente' riveste [...] un importante rilievo per il valore della certezza del diritto nei moderni sistemi giuridici, essendosi fra l'altro attenuata la tradizionale divaricazione della regola '*stare decisis*' negli ordinamenti di *common law* rispetto a quelli di *civil law*»; G. CANZIO, *Intervento di Giovanni Canzio primo presidente della Corte di Cassazione*, in *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015 — Roma 28 gennaio 2016*, s. I. [Roma], Gangemi ed., p. 23.

⁽⁴⁴⁾ «Il giudice orienta la propria attività ermeneutica sulla base del perseguimento della forma ideale di bilanciamento che, stante il fatto empirico del concorso di principi e caso, dobbiamo presumere esistente, sia pure *sub specie* di puro ideale. L'interpretazione diventa così il percorso di 'ascesi' del giudice verso la norma ideale»; SCODITTI, *Il diritto che non viene dal sovrano*, cit., p. 295.

⁽⁴⁵⁾ Si afferma sì che «la giurisdizione è sempre dichiarativa, e non costitutiva, del diritto», ma allo stesso tempo che «costituisce però precedente vincolante perché il diritto che dichiara corrisponde ad una norma senza disposizione»; *ivi*, p. 298.

medesimi «requisiti fattuali»⁽⁴⁶⁾. Si delinea netta la rivincita, anche in area continentale, del precedente giudiziario vincolante. È la celebrazione di un'epifania.

Ritenevamo che il principio della *stare decisis* fosse vigente solo nei paesi di *common law*. Come la lettera rubata di Edgar Allan Poe è invece da sempre sotto i nostri occhi, e dovremmo finalmente considerarlo vigente anche nei sistemi di *civil law*⁽⁴⁷⁾.

Una visione di straordinaria forza espansiva, che se corretta giustificherebbe l'allarme di chi autorevolmente ha sostenuto che «può apparire plausibile persino rispetto al diritto penale affermare che oggi viviamo nell'età della giurisdizione, o detto altrimenti, nell'epoca del giudice»⁽⁴⁸⁾.

Ancora Tomaso Epidendio — si continua in queste pagine a voler insistere sulle posizioni della cultura giuridica togata — ha ben messo in evidenza questi profili, anche nelle connessioni con la dottrina.

L'attribuzione di un particolare significato al testo normativo sarebbe sempre più sentita come frutto di una 'decisione' dell'interprete, in qualche modo una sua 'creazione', anziché 'ricerca e scoperta' di qualcosa che è dato. Dal piano dottrinale questa concezione si è progressivamente trasferita nelle applicazioni giurisprudenziali, della Corte costituzionale e di cassazione, dilatando così oltre misura il ruolo e le possibilità di intervento degli

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁷⁾ «Il principio dello *stare decisis*, nei termini che abbiamo indicato, non trova ostacolo nell'art. 101 della Costituzione. Se ciò che vincola in senso tecnico non è la sentenza ma la norma (concreta) che si manifesta, dobbiamo concludere che il fondamento dell'efficacia vincolante del precedente giudiziario è proprio la soggezione del giudice al diritto»; ivi, p. 200. Questo particolarmente in campo contrattuale: «Il sindacato sul contratto alla luce dei principi costituzionali rinvia alla formazione di un diritto casistico nel quale il punto di appoggio del giudice è la catena dei precedenti al cui sviluppo anch'egli è chiamato a contribuire attivamente. La risoluzione della controversia mediante il bilanciamento dei principi costituzionali, e senza passare attraverso l'interposizione della legge, comporta il carattere vincolante del precedente giudiziario»; E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice attraverso i principi costituzionali*, in «Giustizia civile», 2018, 1, p. 225.

⁽⁴⁸⁾ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in «Criminalia», 2011, p. 97.

organi giurisdizionali, ben oltre i limiti tradizionalmente attribuiti a tali organi, così da costituire uno dei principali ‘punti di innesco’ su cui si è sviluppata la crisi del rapporto di soggezione degli organi giurisdizionali alla legge.

In particolare, il ‘diritto giurisprudenziale’ avrebbe trovato due itinerari di affermazione nelle sentenze ‘manipolative’ del testo normativo da parte della Consulta e nella ‘irruzione’ della giurisprudenza sovranazionale⁽⁴⁹⁾.

Dunque, la ‘crisi della legalità’ non riguarderebbe il problema della sottoposizione del cittadino alla legge, ma si manifesterebbe «come crisi della soggezione degli ‘organi giurisdizionali’ rispetto alla legge». Le attuali ‘pratiche legislative’ avrebbero indotto infatti una profonda ‘cultura della sfiducia’ e le scelte interpretative e il nuovo configurarsi del sistema delle fonti sono viste come le «‘forme di manifestazione’ storico-giuridica della crisi medesima»⁽⁵⁰⁾. L’affermarsi del diritto giurisprudenziale nel nostro ordinamento solleva per conseguenza naturale il problema del controllo dell’interpretazione della legge, generando frizione tra Consulta e Cassazione, come per altro si è già potuto verificare in passato, e trovando un punto di compromesso nella identificazione del ‘diritto vivente’⁽⁵¹⁾. Col rischio che

⁽⁴⁹⁾ EPIDENDIO, *I rapporti fra Corte costituzionale e Cassazione*, cit., p. 230.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 228.

⁽⁵¹⁾ «Il giudizio di legittimità costituzionale comporta anche il potere della Corte costituzionale di interpretare l’enunciato normativo censurato, da qui l’accesso contrasto con la correlativa competenza interpretativa della Corte di Cassazione (e, invero, dei giudici comuni in generale) negli anni ’60 e l’esigenza di trovare formule di mediazione e composizione delle due *competenze interpretative*. Il punto di mediazione fu trovato attraverso l’uso del sintagma ‘diritto vivente’; si è infatti ritenuto che la libertà interpretativa della Corte costituzionale trovi un limite quando si è formato un ‘diritto vivente’, considerato espressivo della norma che il giudice delle leggi deve assumere come oggetto delle proprie valutazioni. In particolare, con la sentenza n. 276 del 1974 la Corte costituzionale ha ammesso una questione di legittimità costituzionale sul ‘diritto vivente’, inteso come ‘il sistema giurisprudenziale’ formatosi nel difetto di espresse disposizioni della vigente legge’, fornendone così una prima definizione»; ivi, p. 234.

una volta recepita l'impostazione fondata sul 'diritto vivente', questa venga fatta propria dalla Corte di Cassazione e, con sottile ma decisivo slittamento operativo, venga utilizzato per equiparare il *mutamento di giurisprudenza* al *mutamento normativo*⁽⁵²⁾.

E ancora una volta si pone il problema se, e in quale misura, per la Cassazione italiana sia legittimo l'uso dell'espressione 'corte suprema' (in precedenza si è ricordata la posizione negativa di Ernesto Lupo)⁽⁵³⁾.

Il tema è molto arato dalla stessa dottrina, e ad esempio è possibile trovare una recente e sintetica messa a punto dei due poli della questione da parte di chi, come Ferrajoli, certo non è tenero col diritto giurisprudenziale. Il 'diritto vivente' in realtà non sarebbe altro che il frutto necessitato dell'argomentazione interpretativa esercitata dalla giurisprudenza sui testi normativi, i quali costituiscono il 'diritto vigente' (unico prodotto del lavoro legislativo)⁽⁵⁴⁾.

L'ideologia della giurisdizione che si profila negli interventi in precedenza esaminati (Canzio, Scoditti...) è in sintonia con una proposta dottrinale che vede il prevalere contemporaneo di una «seconda dimensione del diritto», cioè quella *ex parte societatis*, posto che la prima sia stata quella legislativa, di marca gius-positivista, *ex parte potestatis*. Si tratterebbe di passare da una legalità 'pura' a una legalità 'ibrida', vista appunto come la «nuova legalità (sic!)»⁽⁵⁵⁾. Il legislatore non avrebbe più la funzione del produttore di leggi, bensì assumerebbe «la funzione, tipicamente medie-

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 235.

⁽⁵³⁾ *Supra*, nt. 26. In dottrina, ad esempio, G. COCCO, *Verso una Cassazione supreme court: un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2016, 2, pp. 382-398.

⁽⁵⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Questione giustizia», 2016, 4, p. 24.

⁽⁵⁵⁾ M. VOGLIOTTI, *Legalità*, *Enciclopedia del diritto — Annali VI*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 401 e ss.; dello stesso autore si veda anche *La fine del "grande stile" e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, a cura di V. Barsotti, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, pp. 95-171 (in particolare pp. 95-118).

vale, di *custos iuris*»; ritornerebbero in auge le figure ibride, tipiche dell'antico regime, quale il 'princeps iudex' ⁽⁵⁶⁾.

Questo in un contesto istituzionale rivisitato secondo un neo-medievismo, che non è propriamente la completa prospettazione delle complesse dinamiche (anche legislative, e comunque profondamente 'feudali') del Medioevo giuridico. Un Medioevo, insomma, e in genere un Antico regime, da cui surrettiziamente si prende solo ciò che serve. Converrebbe, volendo dare fondamento a questa linea, riprendere ad esempio in mano la tradizione dei 'grandi tribunali' (senati, *parlement*, rote...) e della cultura giuridica togata che si sviluppa tramite la letteratura decisionistica cinque-seicentesca. Capiterebbe allora magari di inciampare, ad esempio, in *facetiae*, in verità assai emblematiche, come quella richiamata da un importante magistrato del *parlement* del Delfinato, François Marc (muore tra il 1522 e il 1523): «Deus nos preservet ab aequitate parlamenti» ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ «Con il ritorno del sapere giuridico nell'ambito della ragion pratica e in seguito alla costituzionalizzazione del fine di esso (*l'eupraxia*), fa la sua ricomparsa, nell'esperienza giuridica contemporanea, la figura ibrida del *princeps-iudex*, titolare di funzioni sia legislative sia giurisdizionali. La sua opera — la legge — per essere pienamente valida, deve risultare come la *lex* medievale *aequitatis interpretis*. La legge cioè, per effetto del recupero della seconda dimensione del diritto, non può più essere concepita, come avveniva nel moderno monismo positivista, come mero 'ordine della volontà', come comando al cui cospetto l'interprete doveva sempre e comunque piegarsi, se formulato rispettando le dovute forme e procedure. Essa torna ad essere «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*» [...]. In caso contrario, non sarà più l'interprete a doversi piegare di fronte alla durezza della sostanza legislativa (*dura lex sed lex*) ma dovrà essere questa a doversi conformare, sotto la pressione dell'interpretazione adeguatrice alle *rationes* del diritto *ex parte societatis*»; *ivi*, pp. 400-401. Tutto ciò condurrebbe «da una legalità corrispondentista, esecutiva e ipotattica a una nuova legalità teleologica, progettuale e paratattica, che, in seguito al recupero della seconda dimensione del diritto in virtù della riscoperta della natura pratica del sapere giuridico, ricuce la 'spaccatura tra legalità e legittimità', riconquistando quel volto luminoso di cui la cultura giuridica moderna si era compiaciuta senza però riuscire — per i caratteri stessi del nuovo paradigma — a predisporre un'adeguata tutela giuridica»; VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., p. 424.

⁽⁵⁷⁾ F. MARCI *Decisionum aurearum in sacro Delphinatus senatu [...] pars prima*, Lugduni, apud haereditas I. Iuntae, 1560, dec. XIII, cc. 3v — 4r. Le *decisiones* di Marc, dopo la prima del 1531-32, ebbero una decina di edizioni, fino alla seconda metà del '600.

Colpisce, poi, la levità con cui si attribuisce competenza di produzione normativa alla giurisdizione senza sollevare il dubbio circa le ripercussioni sugli equilibri istituzionali costituzionalmente posti. Eppure negli ultimi due secoli e un quarto ci sono state rivoluzioni e si sono patite guerre per affermare lo stato di diritto costituzionale e legislativo; ed esso, sì, costituisce una tradizione, o meglio «un'identità costituzionale», come ha voluto sottolineare il presidente Lattanzi nella sentenza 'tombale' della 'saga Taricco'.

Se questo è l'ingaggio, si può — e si deve — discutere più ampiamente di 'formanti' (al plurale), di bilanciamenti, e non ultimo di 'formante democratico'. E forse anche di un ritorno ai padri, scientifici e costituenti.

L'opera di Calamandrei del 1920, il monumento sulla Cassazione civile, rimane un riferimento — anche storiografico — fondamentale e insuperato. È qui che la nomofilachia viene posta come elemento caratterizzante dell'attività della Corte di Cassazione, ma come controllo di osservanza della legge: «controllo posto a difesa del diritto obbiettivo»⁽⁵⁸⁾. Una Cassazione che, organo di vertice della magistratura e allo stesso tempo di indirizzo per risolvere questioni controverse, in realtà è stata originariamente «cane da guardia contro i giudici» (S. Satta), e difatti posta al momento della sua istituzione in Francia presso il *Corps législatif* per annullare sentenze ritenute contrarie al testo della

⁽⁵⁸⁾ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Vol. II. Disegno generale dell'istituto*, Milano — Torino — Roma, Bocca, 1920, p. 22 e ss. Su quella scia, anche di consapevolezza storica, si colloca in definitiva il recente contributo di L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, Giappichelli, 2018; in prospettiva storico-teorica si veda M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in «Quaderni fiorentini», 44 (2015), pp. 67-101, dove il percorso argomentativo passa anche attraverso scelte definitorie peculiari, ma piuttosto convincenti: il 'creazionismo giuridico' sarebbe la visione del diritto come prodotto istantaneo del legislatore, mentre la visione 'evoluzionistica' sarebbe quella legata alla 'dottrina del precedente giudiziale'. Sul fronte più propriamente storico, M. MECCARELLI, *Le corti di cassazione nell'Italia unita: profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata, 1865-1923*, Milano, Giuffrè, 2005; da ultimo A. PANZAROLA, *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, in *I processi civili in Cassazione*, cit., pp. 61-146.

legge⁽⁵⁹⁾. Un *tribunal*, e solo poi *cour*, che fosse di rottura rispetto ai grandi tribunali di antico regime⁽⁶⁰⁾.

Si inizia dunque a profilare quello che Maurizio Fioravanti ha acutamente definito *Stato di diritto della tradizione*, secondo un modello comune alla cultura costituzionale europea, sia continentale sia d'oltre Manica, che tra Otto e Novecento percepiva chiaramente i limiti non oltrepassabili dalla giurisdizione e il primato del legislatore; alla legge competeva il «monopolio della forza dispositiva», vigeva «il primato della legge nella determinazione di ciò che è diritto», e il «centro visibile del potere» era indefettibilmente il Parlamento. Il 'modello della tradizione' resiste anche presso i nostri costituenti, e con ciò l'idea che la Costituzione debba essere applicata dal legislatore⁽⁶¹⁾.

La svolta, come noto, avverrà proprio ad opera della Magistratura associata col Congresso di Gardone del 1965, ancora oggi (e proprio per le attuali contingenze in cui si dibatte la magistratura) evento 'iconico' che riecheggia forte ogniqualvolta la Associazione Nazionale Magistrati organizza i propri convegni.

I giudici si collocavano al centro del dibattito giuridico e politico, proponendosi, in quanto interpreti, come motore di progresso normativo. L'obbiettivo era la concreta applicazione della Carta costituzionale, e dell'art. 3 in particolare. Fu effettivo punto di svolta, dopo il quale la categoria 'magistrato' non risuonò più come sinonimo di conservazione; chi decise in seguito di intraprendere quella carriera tendeva a riconoscersi in prospettive politico-culturali 'progressive' (nel 1964 era giusto nata a Bologna Magistratura democratica, con l'idea — appunto dichiarata nella

⁽⁵⁹⁾ Legge 27 novembre — 1 dicembre 1790. Utile la recente ricostruzione di C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto*, «Historia et Ius», 2012, 1, paper 4.

⁽⁶⁰⁾ Celebre al riguardo l'intervento in assemblea di Maximilien Robespierre: «Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien Régime, ne signifie plus rien; il doit être ignoré de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence».

⁽⁶¹⁾ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 2016, 1, pp. 7-20.

mozione costitutiva — di «democratizzare la giurisprudenza», e nel '65 essa fu subito maggioranza nel Comitato direttivo centrale di ANM)⁽⁶²⁾.

È nella fase storica immediatamente successiva che si realizza progressivamente quello che Fioravanti chiama lo *Stato costituzionale del presente*. Sul terreno della Costituzione, e oggi diciamo della interpretazione costituzionalmente conforme, si consuma la dialettica con la tradizione⁽⁶³⁾. Rispetto al modello tradizionale, infatti, il monopolio del processo di attuazione della Carta è progressivamente defluito dalle mani del legislatore, ponendosi certo problemi cruciali circa l'assetto costituzionale, in sostanza «la

(62) Interessante porre a confronto su Gardone, da ultimi, un contributo della scienza storiografica come A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 312-314, ed uno della cultura giuridica togata come E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 69 e ss. Si può molto utilmente aggiungere il contributo recentissimo di un grande storico delle istituzioni, ma sul sito web di una rivista importante di magistrati: G. MELIS, *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, http://www.questionegiustizia.it/articolo/le-correnti-nella-magistratura-origini-ragioni-ideali-degenerazioni_10-01-2020.php; per altro proprio l'ultimo numero di «Questione giustizia», 2019, 3, è dedicato monograficamente a *Magistrati oltre la crisi?*. Su Gardone, tra gli autori qui ampiamente richiamati, anche VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., p. 424. Per un quadro scientifico aggiornato, anche numerico, dell'amministrazione della giustizia in Italia e della sua organizzazione, D. PIANA, *Uguale per tutti? Giustizia e cittadini in Italia*, Bologna, il Mulino, 2016 e N. DALAI, S. ROLANDO, *Magistrati e cittadini. Indagine su identità, ruolo e immagine sociale dei magistrati italiani*, Scuola Superiore della Magistratura / F. Angeli, 2016. Per molti giudici il 'libro nero' della magistratura italiana (ma contiene non pochi dati, informazioni e riflessioni assai utili, anche se non è sempre condivisibile nelle conclusioni): L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009 (sul periodo a cavallo tra Gardone e i dieci anni successivi, pp. 42-50); l'autore compendia, come noto, varie identità, essendo stato magistrato, ordinario di procedura penale, parlamentare, e finanche storico, avendo curato nella *Storia d'Italia* Einaudi il volume su *La criminalità* (1997). Infine un inquadramento complessivo imprescindibile è G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, il cui autore, maestro costituzionalista, è stato anche componente del CSM, componente e poi presidente della Corte Costituzionale, infine presidente della Scuola Superiore della Magistratura.

(63) Ricche e illuminanti le pagine di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto — Annali IX*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 391-476.

questione della sovranità». Si sarebbe anzi creato un «ordinamento a sovranità indecisa», posto che dubbia è la risposta al quesito su chi abbia 'l'ultima parola', tra le due funzioni, obbligando l'altra a conformarsi alle proprie determinazioni⁽⁶⁴⁾.

Ma, sottolinea opportunamente Fioravanti, «l'incremento di ruolo e di rilevanza della giurisdizione [...] non può essere valutato in astratto, ma di volta in volta nel contesto complessivo della fase entro cui esso si produce»; non è accettabile l'eliminazione della discrezionalità politica, «come se fosse possibile concepire l'intera esperienza costituzionale come l'estrinsecazione di una sorta di etica costituzionale giurisdizionalmente amministrata»⁽⁶⁵⁾.

Non si può dimenticare che tutte queste forme politiche, dallo Stato di diritto della tradizione, allo Stato costituzionale del presente, appartengono storicamente alla *vicenda dello Stato moderno in Europa*, e che quella vicenda ha comunque due lati, ciascuno dei quali corrispondente ad una delle due vocazioni storiche del costituzionalismo: istituire poteri in essi esprimendo il principio di unità politica, e nello stesso tempo limitare questi medesimi poteri, perseguendo la finalità di tutelare i diritti, come anche il carattere distinto di ciascuna delle parti che compongono l'intero collettivo. E dunque, di conseguenza, anche lo Stato costituzionale del presente, facendo parte di questa più ampia e risalente vicenda plurisecolare dello Stato moderno, ha anch'esso necessariamente un lato politico, non si esaurisce cioè nella funzione di tutela dei diritti per via giurisdizionale⁽⁶⁶⁾.

Se ci si vuole concedere qualche nostalgia per lo 'stato di diritto della tradizione', essa può riguardare non tanto il fatto che vigesse il primato del legislatore, quanto che fosse più netta la griglia dei rispettivi limiti tra funzioni. In tempi confusi come quelli che viviamo, l'autentico senso delle istituzioni si misura nella sincera preoccupazione di identificare i limiti propri, e nel volerli rigidamente rispettare, anche a proprio svantaggio.

⁽⁶⁴⁾ FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici*, cit., pp. 17-20.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, pp. 18-19.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 19. Utile, ma più sul fronte dell'elaborazione dei concetti che non su quello storico, G. BISOGNI, *Un profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLI (2011), 1, pp. 52-62 (l'intero saggio pp. 35-62).

Concludendo, dal punto di vista scelto in queste pagine il tema si articola su due profili.

Quanto al merito della questione — cioè la crisi della legge e il formante giurisprudenziale, e poi la crisi del legislatore (non solo italiano) e della rappresentanza democratica — tutto ciò non può essere sbrigativamente identificato col tramonto del legislativo (il «bye bye Montesquieu» enunciato da Bruce Ackermann, tanto per capirci). La giurisdizione non va caricata di responsabilità, e oneri, eccessivi, posto che anche la magistratura, quella italiana in specie, si trova in questo frangente a valicare tornanti assai critici. Le recenti vicende di cronaca della scorsa estate (stiamo scrivendo nel gennaio del 2020), relative al CSM (o meglio, ad alcuni dei suoi membri apparsi ‘collaterali’ alla politica), non sono trascorse senza lasciare tracce, anche profonde.

D'altronde al di là dei pronunciamenti — che abbiamo ripreso — della scienza giuridica togata e dei capi di corte, la magistratura ‘di base’ — la magistratura di merito in specie — chiede fonti affidabili e ordinate, piuttosto che non di ‘essere fonte’ essa stessa nelle sue articolazioni di legittimità. E lo chiede pur disponendo di un tasso alto di professionalità e cultura giuridica, tanto da sorreggere non solo la giurisdizione, ma anche segmenti importanti dell’apparato istituzionale, in quanto serbatoio di robuste competenze giuridiche, attraverso la prassi (detto controcorrente: per nulla disprezzabile) del fuori ruolo.

Insomma, di fronte al legislatore in ritirata strategica (o in fuga precipitosa dalle proprie responsabilità politiche nel timore di perdere *like* elettorali), la giurisdizione non può essere lasciata sola in trincea ad assumersi gli ormai consueti ruoli di supplenza. La scienza giuridica a propria volta ha delle responsabilità cui far fronte non solo con le armi dei tecnicismi di settore (indispensabili), ma anche con strumenti più ampi. La collocazione prospettica di fronte ai problemi, un’ampia profondità di campo nell’inquadrarli, diventa allora cruciale. Va proposto come effettivamente utile il sussidio offerto dalla storia del diritto, cioè dall’applicazione del metodo storico all’analisi dell’esperienza giuridica attuale.

Di conseguenza, quanto alla funzione del giurista storico, non so quanto sia opportuno — da storici — assecondare una sorta di *regressio ad uterum* nel ventre accogliente del Medioevo del diritto; il Medioevo da cui in effetti le attuali civiltà giuridiche sono nate, ma che — ad esempio — non è il Medioevo favolistico evocato da alcuni con riferimento al tema dei beni comuni, presunta riesumazione delle forme collettive di proprietà più risalenti⁽⁶⁷⁾. Gli istituti del diritto antico e di Antico regime non sono degli *zombie* trabalanti, pronti ad aggredire il diritto attuale, debole e impaurito⁽⁶⁸⁾. Proprio per questo agli storici del diritto va probabilmente chiesto più impegno sul Medioevo, oggi decisamente meno frequentato di un tempo.

I salti di tempo, le comparazioni ardite, non giovano alla comprensione del fenomeno giuridico; sono la negazione, anzi, dell'applicazione effettiva del metodo storico⁽⁶⁹⁾. Ciò non toglie che si possano tentare ricostruzioni d'insieme, dove categorie storiche siano usate esplicitamente non per azzardare riproposizioni, ma per affrontare — anche sulla scorta della tradizione — situazioni esplicitamente nuove, come ad esempio la relazione contemporanea, 'unitaria', tra diritto amministrativo e diritto civile⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁾ R. FERRANTE, *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in «Ragion pratica», 41 (dicembre 2013), pp. 319-332.

⁽⁶⁸⁾ Il riferimento è alla filmografia di base di G.A. Romero, a partire da *La notte dei morti viventi* uscito nel fatidico 1968 e ben leggibile in chiave metaforica.

⁽⁶⁹⁾ Ad esempio: «[...] l'ordine giuridico europeo nasce pluralistico. Come l'ordine giuridico medievale, vive nelle 'relazioni' tra *ius commune* (il diritto europeo) e *iura propria* (il diritto degli stati membri) e porta con sé, *ab origine*, il principio del limite (il potere essendo frammentato in una pluralità di soggetti, interni ed esterni all'Unione, è 'relativo', cioè vincolato dalla rete di relazioni che lo avvolge)»; VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., p. 411. Ora, i due termini, *ius commune* e *iura propria*, come noto, non sono medievali ma compaiono nella *lex Omnes populi*, tratta da Gaio e presente in D. 1.1.9; già i medievali li usavano in un senso sganciato dal significato che avevano nel diritto antico e in un contesto geo-politico totalmente diverso. Travasarli adesso sul diritto dell'Unione europea, come vero e proprio calco, non è francamente utile.

⁽⁷⁰⁾ G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, Wolter Kluwer/CEDAM, 2018.

Maneggiare le categorie generali, come ad esempio la *nomofilachia*, va fatto con una visione critica e prospettica, valutando le trasformazioni istituzionali e giuridiche che ne hanno plasmato i profili, altrimenti si corre il rischio di usare strumenti concettuali fragili. Non è possibile auspicare salti di tradizione tra *civil law* e *common law*, senza approfondire i motivi che hanno storicamente determinato i grandi snodi dell'esperienza giuridica.

Dimenticare che sono i contesti nella loro dimensione evolutiva — e dunque storica — a guidare scelte e a determinare trasformazioni è pericoloso; dimenticare i contesti significa proporre paradigmi vecchi ma apparentemente 'contemporanei', che risultano alla resa dei conti soluzioni inattuali.

In realtà, come si è già accennato, la strada di un corretto modo di interpretare il dato storico viene dalla carta di Lisbona (art. 6). Ha un senso affidarsi alla tradizione nella misura in cui questa serva fruttuosamente a definire i profili dei moderni diritti fondamentali. Come ha evidenziato Marta Cartabia, attuale presidente della Consulta, «di norma, i diritti protetti dalla Carta [dei diritti; art. 53 §4] e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali convergono», e in modo progressivo, perché «il novero dei diritti inclusi nella Carta è più completo e aggiornato rispetto a quello dei documenti più vecchi»⁽⁷¹⁾.

La valorizzazione di questa componente, tra l'altro, garantisce lo sviluppo di anticorpi sociali e politici a livello continentale contro deviazioni, non solo possibili, ma in effetti verificabili. Basti ad esempio pensare alle recenti 'riforme' istituzionali in Polonia, che tra l'altro hanno coinvolto proprio la magistratura, comprimendone l'indipendenza (su indicazione del partito di governo, denominato — ironia della sorte — 'Diritto e giustizia'...). La coscienza

(71) CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., p. 5. «Pertanto i diritti protetti dalla Carta si pongono nel solco della tradizione del costituzionalismo moderno cui appartengono anche gli stati membri dell'Unione: di qui un'eredità costituzionale condivisa che spiega perché la lista dei diritti inclusi nella Carta ripeta in larga misura quelli enumerati nelle costituzioni nazionali dei paesi europei e nei principali strumenti internazionali. [...] Si avverte, dunque, sempre più stringente l'esigenza di approfondire il concetto di «tradizioni costituzionali comuni», in tutte le sue articolazioni»; ivi, p. 6.

di una tradizione comune da difendere ha portato in piazza a Varsavia i rappresentanti dei giudici europei, e la stessa ANM è stata rappresentata dal suo Presidente Luca Poniz, nella ‘marcia delle mille toghe’, come è stata definita (11 gennaio 2020) ⁽⁷²⁾.

Come ha scritto autorevolmente John Henry Merryman: «La tradizione giuridica mette in relazione il sistema giuridico e la cultura della quale è espressione diretta. Pone il sistema giuridico in una prospettiva culturale» ⁽⁷³⁾.

La cultura giuridica togata merita di essere oggetto di un’attenzione specifica. E con essa le ideologie della giurisdizione che chiaramente si stanno schierando in campo, sul crinale dello *stare decisis*, sotto i vessilli della *law in books* e della *law in action*, tra l’altro con visioni necessariamente di ampia portata che coinvolgono, ad esempio, la stessa formazione giuridica ⁽⁷⁴⁾.

E la ‘tradizione’ occupa un posto centrale, come si è visto, ma solo se correttamente intesa.

La tradizione evoca una idea dinamica: non coincide con quell’immagine riduttiva contro la quale si è ribellata la modernità in nome del progresso. Non identifica un assetto culturale del passato, congelato in una storia che fu, fatto di pregiudizi e di relazioni di potere. Non si oppone alla creatività, alla novità, alla apertura: tradizione è un sistema vitale, dinamico, sempre in movimento. [...] Il diritto come tradizione indica un corpo normativo, che come ogni organismo vivente cresce e si trasforma, mantenendo la propria identità, mentre le singole parti di cui è composto sono soggette a un incessante processo di trasformazione e cambiamento, di decadenza e di rinnova-

⁽⁷²⁾ Per altro proprio nel recente Congresso nazionale di ANM svoltosi a Genova (29 novembre — 1 dicembre 2019), la tavola rotonda su *La separazione dei poteri e l’ordinamento giudiziario*, introdotta da Roberto Romboli, ha visto la partecipazione di Bogdan Jedrys, giudice penale della Corte regionale di Cracovia.

⁽⁷³⁾ «The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective»; J.H. Merryman, *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of western Europe and Latin America*, Stanford (CA), Stanford U.P., 1985², p. 2.

⁽⁷⁴⁾ Emblematico che nel più recente numero di «Questione giustizia» uno dei due temi monografici sia dedicato a *Le cliniche legali*, con le quali «ci troviamo di fronte, in definitiva, a un approccio di tipo realista che, senza pretermettere l’aspetto del diritto come ‘law in books’, assume, quale orizzonte epistemologico dell’universo giuridico, quello del diritto come ‘law in action’»; L. MINNITI, S. SPINA, *Introduzione. Le cliniche legali nelle università e negli uffici giudiziari. Realtà e prospettive*, ivi, p. 75. In precedenza VOGLIOTTI, *La fine del “grande stile”*, cit., pp. 151-171.

mento [...] Tradizione e dialogo sono strumenti capaci di introdurre dinamismo e flessibilità nei momenti di attrito tra sistemi, trasformandoli in spunti per una nuova evoluzione inclusiva della pluralità che contraddistingue lo spazio costituzionale europeo⁽⁷⁵⁾.

Siamo in un momento storico in cui lo spazio riservato all'interpretazione si è molto ampliato, soprattutto secondo le linee teoriche dell'ermeneutica e del neocostituzionalismo, contro quelle del giuspositivismo⁽⁷⁶⁾. Il diritto è semplicemente interpretazione secondo la teoria proposta da Ronald Dworkin, e i principi di giustizia, in quanto principi di equità, sembrano identificabili mettendosi giusto sotto il «velo dell'ignoranza» proposto da John Rawls⁽⁷⁷⁾. Il gioco è fatto!

Più concretamente, le responsabilità del giudice-interprete — motore dello *stare decisis* — si dilatano, mentre per ora lo fanno molto meno quelle del giurista scienziato, in questa fase storica decisamente più debole socialmente (e politicamente, comunicativa-

(75) CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., pp. 16-17.

(76) Nella prospettiva della filosofia del diritto, prospettiva secondo cui in queste pagine non ci si è posti, un quadro di sintesi sia ha nel capitolo conclusivo (*Una teoria del diritto europeo*) di M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 281-310.

(77) R. DWORKIN, *Questioni di principio*, Milano, Mondadori, 1990 (*A Matter of Principle*, Harvard, U. P., 1985); la seconda parte è intitolata *Legge e interpretazione*; ID., *L'impero del diritto*, Milano, il Saggiatore, 1989 (*Law's empire*, Harvard, U. P., 1986); J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2009 (*A Theory of Justice*, Harvard, U. P., 1971 — 1999). I punti fondamentali della teoria della giustizia di Rawls sono esposti nei §§ 1-4 del primo capitolo, *Giustizia come equità*, e poi in genere in tutta la parte prima del libro, *Teoria*. Utile, per la lettura di Rawls, M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano, Feltrinelli, 2012 (*Justice. What's the right thing to do?*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2009), pp. 160-187. In Italia, innanzi tutto, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Il diritto come interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999. Qui va infine solo accennato ad un altro problema in campo e cioè se l'espansione della discrezionalità giudiziaria passi attraverso il 'bilanciamento' tra diritti e principi; la letteratura filosofico-giuridica e costituzionalistica sul punto è molto ampia; qui citiamo unicamente, anche perché recente e sempre proveniente dalla cultura giuridica togata della Cassazione, G. BRONZINI, *Il bilanciamento nella giurisprudenza: come bilanciare la sovranità popolare?*, in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 147-160.

mente, economicamente...). Diversa l'interpretazione come argomentazione e come ragionamento giuridico, campo che però significativamente tende ad essere aggirato, soprattutto dalla cultura giuridica togata. Una cultura che potrebbe anche fare a meno della dottrina, e dunque anche della teoria generale del diritto.

E qui non vanno presi sottogamba alcuni *caveat* particolarmente allarmanti, perché vengono proprio dalla cultura giuridica togata e da un angolo visuale particolarmente favorevole, come quello del laboratorio scientifico della Consulta. Ebbene, la crisi della legalità come soggezione dei pubblici poteri (e della giurisdizione in specie) alla legge — si sottolinea — potrà facilmente condurre alla 'anomia', come crisi *tout court* della soggezione di chiunque alla legge e infine al diritto in generale. L'esito ultimo della 'detronizzazione del legislatore' porterebbe a una sostanziale irrilevanza della stessa dottrina e infine all'egemonia di una giurisprudenza «ispirata al solo sentimento di giustizia del singolo caso» e dunque nemmeno vincolata ai suoi stessi precedenti⁽⁷⁸⁾.

Se queste tinte possono apparire troppo fosche, non vanno almeno dimenticati i rischi che il diritto giurisprudenziale presenta in tema di prevedibilità (posto che, come detto sopra, si tratta di 'profetizzare' quanto il giudice deciderà) e poi soprattutto di conoscibilità da parte dei consociati, secondo i pilastri ideologici dello stato di diritto. Le soluzioni si possono forse trovare, tutto sta però porsi il problema, cosa che i fautori dello *stare decisis* sembrano talvolta dimenticare di fare.

(78) EPIDENDIO, *I rapporti tra Corte costituzionale e Cassazione*, cit., pp. 246-247; su questo autore si è già detto *supra*. Meno apocalittico circa la 'cultura del precedente', proponendo però una 'ecologia della giurisdizione', stimolando «una dimensione maggiormente dialogica dello *ius dicere*, calata nella 'comunità degli interpreti' dove il 'diritto vivente' nasce ed è destinato ad essere recepito»: V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in «Diritto penale contemporaneo», 17/1/2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7144-manes2018a.pdf>, p. 32. Un'analisi in chiave storica nelle pagine di sintesi è P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello dei destini incrociati"?*, in «Quaderni fiorentini», 40 (2011), pp. 1-17; il volume monografico è dedicato a *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*.

E certo va registrato come proprio una delle autorevoli voci in precedenza richiamate a favore del diritto giurisprudenziale abbia recentemente fornito una riflessione a utile complemento delle proprie prese di posizione (a mo' di revisione?), auspicando che comunque alla giurisdizione — quella che si esprime per clausole generali in specie — sia riservato «il posto discreto che le compete». Alla fine, in una situazione preoccupante sul piano delle diseguaglianze, la legge generale ed astratta, eredità dell'Illuminismo giuridico, resta «strumento elettivo di riforma sociale»⁽⁷⁹⁾.

Se questo è lo scenario — e, in larga parte, lo è effettivamente — si impone una presa d'atto e un'assunzione di responsabilità non puramente accademica.

Si è molto parlato della funzione di supplenza esercitata dalla magistratura nel recente passato, e sul fatto che abbia giocato un ruolo 'politico'. Al di là del mutamento di alcuni paradigmi della partecipazione politica, ciò che oggi resta non è in realtà uno spostamento effettivo e duraturo degli equilibri istituzionali e nemmeno delle prassi amministrative. Anzi, alcune scelte successive (le 'discese in campo' nell'agone politico) hanno indebolito l'immagine di quella stagione. In una certa misura la cronaca giudiziaria di quella fase è rimasta tale: si è fatta (forse) appena storia politica, o semplicemente dei partiti politici.

Casomai è la fase più recente, come si è cercato di indicare in queste pagine, a costituire un tornante che porta necessariamente a opzioni ideologiche. Siamo qui in un ambito molto più profondo, distante dalla cronaca giudiziaria ma che coinvolge invece la storia, e dunque il futuro, della giurisdizione. E si tratta di una dimensione genuinamente politica, e non tecnica, come si sarebbe superficialmente indotti a credere.

Ritornano alla memoria le osservazioni di Giovanni Tarello del 1969, quando metteva in guardia contro l'abitudine linguistica — in allora — di considerare l'attività del giurista come 'tecnica' e non 'politica'. Per converso era possibile affermare «che quelle at-

(79) E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in «Questione giustizia», 4 dicembre 2019, http://www.questionegiustizia.it/articolo/ri-pensare-la-fattispecie-nel-tempo-delle-clausole-general_i_04-12-2019.php, pp. 3-4.

tività non sono tecniche ma sono — in tutto o in parte — politiche e consistono non — o non solo — in accertamenti ma in scelte». Proseguiva il maestro genovese:

Queste abitudini linguistiche, e queste istituzioni, non rispecchiano e non costituiscono — come è ovvio — dei dati naturali immutabili, ma sono un prodotto della storia. Non, necessariamente, della storia in generale, ma della nostra storia linguistica e della storia delle nostre istituzioni. Se vi sono oggi queste abitudini linguistiche e queste istituzioni, vi è stato storicamente un processo — culturale e istituzionale — di tecnicizzazione e depoliticizzazione delle attività giuridiche professionali (e perciò di deresponsabilizzazione in senso politico del ceto degli uomini di legge). Processo che se accordiamo valore alle odierne affermazioni sulla politicità di quelle attività professionali, siamo indotti a ritenere oggi interrotto o, addirittura, capovolto⁽⁸⁰⁾.

Le attuali ideologie della giurisdizione sono un «prodotto della storia». Ecco allora che la funzione del giurista-storico è quella, banalmente (si fa per dire), di evitare che nel dibattito scientifico — ma anche in quello pubblico — le argomentazioni perdano troppo di quota nella riproposizione del passato. Naturalmente ciò vuol dire prendere la storia dell'esperienza giuridica at-

⁽⁸⁰⁾ Questo testo compare per la prima volta in G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione. Dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica. Dispensa I^a*, anno accademico 1968-1969, Genova, CLU; fu poi riproposto nelle successive e via via accresciute edizioni fino al volume del 1976, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, e posto in *Introduzione* al primo capitolo. Immediatamente prima Tarello aveva pubblicato *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, Comunità, 1967. Una decina di anni dopo ritornò su questi temi in dialogo con Mario Bessone, e in particolare con riferimento alla magistratura e al suo ruolo nell'opera di 'mutamento giuridico' (intendendo anche politico-istituzionale). Esprimeva al riguardo un sostanziale sfavore, e per quattro motivi. Il giudice è 'adatto' a decidere su «problemi che gli si presentano come predeterminati da regole giuridiche»; «i giudici sono tanti, e ciascuno con la sua testa» quando invece «l'organizzazione giuridica è buona non solo se è sostanzialmente tale, ma anche se è uniforme»; i giudici agiscono in base a pretese portate alla loro attenzione mentre il diritto si sviluppa «anche costituendo e aggregando interessi nuovi»; nella recente (in allora) esperienza italiana il modo in cui i giudici hanno esercitato il loro 'potere' (cioè contributo alla evoluzione della 'organizzazione giuridica') non è suscettibile di un giudizio positivo. Nel frattempo Tarello si era iscritto al Partito Repubblicano. *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, a cura di M. Bessone, Bologna, Zanichelli, 1978, pp. 9-13.

tuale come stimolante terreno di sfida scientifica, un prisma potenzialmente aggredibile da angolature di indagine diverse. In queste pagine, ad esempio, si è cercato di seguire i fili, 'storicamente' più densi, della cultura giuridica togata.

Dunque è nodale che vi sia una lettura 'professionale' dell'evoluzione giuridica più recente secondo il metodo storico; e per farlo le risorse in campo non mancherebbero. È necessario operare, in specie e detto per *slogan*, in modo tale che la storia non diventi nostalgia, che la comparazione non diventi sincretismo, e che riflettere sulla tradizione non diventi reazione. Insomma: urge adottare su larga scala un serio metodo storico-giuridico, anch'esso non (solo) *in books*, ma (pure) *in action*.

Figure dell'esperienza

RAFFAELE VOLANTE

LA CONCEZIONE PATRIMONIALE DELL'IMPOSTA NEL DIRITTO COMUNE

1. Un problema metodologico dello studio dell'imposta. Stato, supremazia, consuetudine. — 2. I tributi come norme particolari nei giuristi di diritto comune. Oneri personali e oneri reali. — 3. La natura proprietaria degli oneri reali. — 4. Dagli oneri reali agli oneri patrimoniali. — 5. Conclusioni. Un sistema fiscale fattuale e particolaristico.

1. *Un problema metodologico dello studio dell'imposta. Stato, supremazia, consuetudine.*

La storia dell'imposta presenta sempre il rischio dell'ambliopia metodologica: assumere una prospettiva e ritenerla l'unica in grado di esaurire il problema, quasi a voler atrofizzare la percezione di prospettive ulteriori, che potrebbero solo portare indebite complicazioni.

L'ipotesi generalmente seguita dalla storiografia è che la storia della tassazione si identifichi con la storia dello Stato⁽¹⁾. Un assunto che si può predicare in due diverse prospettive. La prima: il potere di un soggetto di rendersi unilateralmente creditore di un altro presuppone una sua capacità di comando. La seconda: se lo Stato è, innanzitutto, concentrazione di poteri, ciò implica la capa-

(¹) G. ARDANT, *Politica finanziaria e struttura economica degli Stati nazionali moderni*, in *La formazione degli Stati nazionali nell'Europa occidentale*, a cura di Ch. Tilly, Bologna, il Mulino, 1984, p. 154: «L'imposizione di tasse e la loro esazione potrebbero sembrare argomenti di interesse esclusivamente specialistico. Certi scrittori di scienza della politica hanno sovente manifestato l'impressione che i problemi fiscali siano degni d'attenzione solo nella misura in cui essi possano venire spiegati in termini di distribuzione tecnica di obbligazioni pubbliche: essi pensano insomma che una volta posto il principio, la sua effettuazione non presenti seri problemi».

cità di prelevare forzosamente la ricchezza prodotta dai sudditi, cosa necessaria per svolgere le maggiori funzioni di cui il potere si onera e, allo stesso tempo, strumento per governare l'economia ⁽²⁾.

Il problema della struttura giuridica dell'imposta è stato, di conseguenza, ridotto a semplice dettaglio tecnico di un processo politico. Se il prelievo fiscale è per definizione l'effetto di una coazione, il tema centrale per lo studio della tassazione è verificare quando e come nasca il potere del principe verso il patrimonio dei sudditi, mentre la ricostruzione della fattispecie può essere lasciata a un manipolo di sparuti entusiasti, poiché l'analisi degli elementi del rapporto obbligatorio che consegue dall'applicazione di tale potere non può aggiungere nulla — in tesi — alla descrizione della sua natura ⁽³⁾.

⁽²⁾ Ipotesi, questa, sottesa fin dai primi studi storici sull'imposta, in cui convivono spesso due istanze antitetiche: trovare le radici dell'imposta moderna nelle epoche più lontane possibili, dimostrando la continuità dell'istituto, ma riaffermando al contempo l'incompatibilità tra modelli statuali e modelli feudali. Un dissidio che può essere composto solo riferendo l'imposta a un generico «potere sociale» che, nella sua indeterminatezza, riesce a comprendere qualsiasi fenomeno di prelievo di ricchezza, sotto qualsiasi forma, senza però porsi il problema della struttura giuridica. J. J. CLAMAGERAN, *L'imposta dei tempi romani barbari e feudali in Francia*, Padova, Cedam, 1961, p. 3.

⁽³⁾ «Il potere di esigere tasse era visto a buon diritto una delle prerogative fondamentali dell'autorità politica e dell'esercizio della sovranità, prerogative che erano attribuite a 'reges, imperatores et respublicae perfectae'». L'incipit del saggio di L. PEZZOLO, *Tassare e pagare le tasse tra Medioevo e prima età moderna*, in *Historiae: scritti per Gherardo Ortalli*, a cura di C. Azzara e al., Venezia, Ca' Foscari, 2013, p. 237, è esemplificativo dell'assunto metodologico seguito dalla storia generale (preferisca o meno fregiarsi dei gradi di storia 'economica' o 'finanziaria'): il prelievo di ricchezza da parte del potere politico è sempre un «potere di esigere tasse», a prescindere da come esso si esprima tecnicamente. In altri termini, ove è una tassa, lì la sovranità esiste per definizione. L'ipotesi da cui parte la metodologia giuridica è opposta: dal fatto che, in una data esperienza, il prelievo di ricchezza possa essere costruito come una costituzione unilaterale di un rapporto obbligatorio, non deriva necessariamente che, in altre, lo stesso risultato economico e politico possa essere conseguito solo a partire da una struttura diversa, come, ad esempio, la *rei vindictio*, che non presuppone la sovranità, ma il dominio, che è cosa diversa, almeno per il giurista. Che il problema della struttura giuridica del rapporto impositivo possa apparire inutile allo storico generale, è indice del diverso ruolo che il tema della tassazione assume quando è indagato come fenomeno storico rispetto a quando è analizzato nella sua autonomia

Studiare l'imposta significa così analizzare la sovranità: che in un dato contesto si sia tassato il consumo di certe derrate e in altri l'esercizio di talune attività importa poco, atteso che queste forme di prelievo fiscale, pur così diverse, derivano tutte da un potere unilaterale che è stato, per definizione, libero di crearle e modificarle secondo le sue necessità. È stato facile, a questo punto, anche per gli storici del diritto invertire i termini dell'equazione e trovare la sovranità in pieno medioevo, attribuendola a chiunque fosse stato creditore di una qualsiasi minima prestazione si fosse meritata il nome di *fodro* o *gabella*, di *rotaticum* o *pedagium*, solo per citare i primi esempi che affollano una parte della dottrina⁽⁴⁾. Ovunque si possa trovare l'obbligo ad una prestazione che non abbia origine in una controprestazione economicamente apprezzabile, il titolo può essere solo la *causa impositionis*, una fattispecie di diritto pubblico che presuppone comunque la capacità di un soggetto preminente di legare dei sudditi al proprio libero volere.

concettuale di istituto giuridico. Per la storia generale, il tema si traduce in un'ampia categoria — la fiscalità — laddove per il metodo giuridico il tema è dato dal titolo del prelievo, che può raggiungere una finalità fiscale senza avere una struttura tributaria (si pensi alle privative e ai monopoli, ad esempio). Sui diversi linguaggi impiegati dalla storiografia generale sul tema della fiscalità si veda anche L. PEZZOLO, *La storiografia più recente sulla finanza italiana della prima età moderna: gli studi sulla fiscalità*, in «Rivista di Storia finanziaria», 10 (2003), pp. 33-77, con un'ampia rassegna dei contributi più recenti.

⁽⁴⁾ Una tendenza ben riassunta, criticamente, da G. LIBERATI, *Tributi (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 45, Milano, Giuffrè, 1992, p. 106, ove ampia bibliografia. Il caso del *fodrum* (foraggio) è esemplificativo di come la dottrina storico-giuridica abbia costantemente riportato a un'idea di Stato (seppur minima) oneri reali di chiara matrice consuetudinaria, come appunto il diritto del principe a chiedere derrate per il sostentamento suo e dei propri accoliti a chi abitasse i luoghi da lui percorsi in visita. N. TAMASSIA, *Le origini storiche del fodro*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», II (1929), poi in ID., *Scritti di storia giuridica*, vol. I, Padova, Cedam, 1964, vede nel *fodro* una prestazione che diventa imposta allorché assume, pur mantenendo il nome germanico, le caratteristiche dell'*annona* romana (*Scritti*, cit., p. 524 e ss.). C. BRÜHL, voce *Fodrum (regale)*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 1, Eric Schmidt Verlag, 1971, vede nell'Imperatore Ottone I colui che ha fatto del *fodrum* l'archetipo dell'imposizione diretta, quale si ritroverà poi nei liberi comuni italiani del 1200, ancora una volta senza interrogarsi sulla struttura giuridica del rapporto, opera inutile, una volta afferrato ciò che sembra un principio.

Individuata la *causa impositionis*, è così indifferente che il tributo colpisca il reddito prodotto, l'esercizio di un'attività o il consumo di derrate⁽⁵⁾.

Che ciò conduca a percepire l'esistenza di un'organizzazione statale anche in pieno medioevo, può non rappresentare un problema per chi vede nel diritto comune un ordinamento legislativo, quindi centrato per definizione su una sovranità, per quanto incompleta e affievolita⁽⁶⁾. È sufficiente sottintendere che un principio di sovranità, se pure non governava integralmente le relazioni giuridiche tra privati, riusciva a farlo per quelle di diritto pubblico, senza porsi l'onere di provare se un diritto pubblico effettivamente esistesse e scontrandosi, peraltro, con la prova contraria data dal fatto — pacificamente ammesso — che molte ipotesi di *tributa* avessero, in quell'ordinamento, tutti i tratti di un negozio tra privati⁽⁷⁾.

Il sospetto che questo semplice paradigma non tenga è che, quando le fonti del diritto comune vengono lette — per caso fortuito — dal giurista positivo, specialista del diritto tributario, questi non si stupisce che un tributo sia costruito sulla consuetudine e non su norme imperative di legge, per come non trova strano che molti tributi siano ricostruiti dai giuristi dell'epoca su paradigmi privatistici⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ E. CORTESE, *Intorno alla «causa impositionis» e a taluni aspetti privatistici delle finanze medievali*, in *Studi in onore di Achille Donato Giannini*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 393, ora in *Id.*, *Scritti*, a cura di I. Birocchi e U. Petronio, Spoleto, Centro italiano di studi sull'alto Medioevo, 1999, t. I, p. 231, ove si riafferma l'immagine di un ordinamento statale che si contrappone nettamente all'ordinamento feudale, questo fatto di abusi e tirannie, il primo di una «legittima, sovrastante autorità» che, sola, può fondare la dimensione giuridica del tributo, altrimenti espressione di un potere casuale nell'origine e arbitrario nell'esercizio.

⁽⁶⁾ Un problema di prospettiva lucidamente esposto da P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 228.

⁽⁷⁾ Si vedano gli esempi riportati da CORTESE, *cit.*, pp. 360-361 (*Scritti*, *cit.*, pp. 190-191), i quali evidenziano come l'appellativo di *tributum* venisse destinato — da fonti latine del primo medioevo, altrimenti insospettabili — al canone che il colono versava per aver preso a livello un fondo qualsiasi. Come vedremo oltre, ci si può stupire di tali usi lessicali solo se si considera il canone livellario come la controprestazione di una moderna locazione, non il titolo ricognitivo di una proprietà.

⁽⁸⁾ A. BERLIRI, *L'ordinamento tributario della prima metà del sec. XIV nell'opera di Bartolo da Sassoferrato*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 21-22, pone lucidamente la que-

Colpito da altra — più felice — ambliopia, il tributarista è abituato a invertire i termini della questione e a guardare, così, innanzitutto alla struttura del rapporto d'imposta, per poi derivare da questa gli elementi indefettabili della norma tributaria: presupposto, base imponibile e aliquota. La supremazia del soggetto attivo di imposta non può essere tra questi elementi: la norma tributaria è qualsiasi fattispecie che descriva un prelievo forzoso che abbia come condizione un qualsiasi fatto economicamente rilevante. Tale fattispecie, in stretta ipotesi, può ben essere descritta da una fonte materiale e costruire l'imposta come un contratto tra privati⁽⁹⁾.

Queste due prospettive non sono conciliabili e noi non diremo che la verità sta nel mezzo.

L'occhio del giurista positivo, proprio perché guarda nello specifico del rapporto giuridico, vede meglio e più lontano, in questo caso. Se la sua visione va corretta, non è per integrarla di erudite iniezioni di storia politica o dotte citazioni di fonti manoscritte, ma delle caratteristiche intrinseche della consuetudine medievale, in sé diversa da quella che il giurista odierno ricava dai principi dei moderni ordinamenti legicentrici.

stione: «Un'ulteriore conseguenza della mancanza di autonomia del diritto tributario è l'assenza di qualsiasi norma o principio di ermeneutica ad esso speciale. Il che è ben facilmente comprensibile: è ovvio infatti che se le leggi che disciplinano l'imposizione e l'applicazione dei tributi non si differenziano dalle altre leggi del Corpus iuris o del diritto statutario, non può neppure sorgere il problema se tali leggi debbano interpretarsi in base agli stessi principi che valgono per le altre leggi o in base a principi diversi; al massimo si sarebbe potuto dubitare se tutte le leggi che impongono oneri (*munera*) ai sudditi o tutte le leggi regolanti rapporti tra i sudditi e il Fisco dovessero interpretarsi in modo diverso dalle restanti leggi». Il caso fortuito che porta uno dei protagonisti dell'autonomia del diritto tributario a occuparsi di Bartolo da Sassoferrato è la guerra, che lo conduce in un paese nella cui biblioteca comunale trova un esemplare dei *commentaria*, per come Berliri stesso ricorda nella prefazione.

⁽⁹⁾ «Potrà sicuramente stupire chi non pensa ad altra fonte di produzione delle norme giuridiche se non alla legge scritta lo scoprire che in altri tempi la consuetudine potesse prevalere sul diritto scritto. Tuttavia, a ben vedere, in campo fiscale la consuetudine garantiva dagli abusi non meno bene (o male) del principio di legalità». Questa lucida premessa, che si ricercerebbe invano in molta della meno recente letteratura storico-giuridica in argomento, è di F. BOSELLO, nella sua introduzione alla ristampa dell'opera del BERLIRI, cit., Milano, Giuffrè, 1997, pp. VII-VIII.

La visione del positivista vuole che attraverso gli elementi della *diuturnitas* e dell'*opinio iuris ac necessitatis* si crei una fattispecie astratta e generale in tutto eguale a quella creata dalla legge. La differenza tra consuetudine e legge esiste su un piano formale: la legge è la norma posta da un soggetto legittimato; la consuetudine è l'erronea presupposizione da parte dei consociati che una legge esista e che esprima una certa fattispecie, la quale diventa norma con la continua osservanza.

Il giudice è così chiamato ad accertare la consuetudine nella sua esistenza oggettiva: essa può dirsi esistere per la parte che la invoca se e solo se il giudice possa motivare che essa esista per qualsiasi altro consociato si trovi in quella stessa posizione sostanziale. Un indice di questa dimensione obiettiva è dato dalla possibilità di repertare e descrivere le consuetudini in raccolte, attribuendo loro a posteriori quella forma che alla legge appartiene fin dall'inizio.

Dato questo modello di consuetudine, è agevole ipotizzare in astratto che, in ordinamenti antichi, un tributo possa essere creato da una fonte diversa dalla legge, pur sempre presupponendo che tale fonte descriva la propria fattispecie per come farebbe, al suo posto, la legge.

Partendo da questa concezione, tuttavia, si giunge alla conclusione che la struttura del tributo sia indipendente dalla struttura della norma tributaria: una tassa sul consumo si imporrà a chiunque acquisti la merce colpita e un'imposta sugli immobili preleverà una parte del valore capitale degli stessi nello stesso modo, a prescindere dal fatto che la sua fonte sia la legge scritta o la consuetudine materiale. Il che implica che, quando un giurista medievale descrive un dato tributo, esso si intende fosse applicato indifferentemente a chiunque avesse integrato il medesimo presupposto. Il fatto che le stesse fonti dicano che una data imposta si applichi a certi soggetti e non ad altri può essere agevolmente ricostruito sull'esistenza di altre consuetudini di esenzione⁽¹⁰⁾.

La consuetudine medievale è però altra cosa: essa viene accertata dal giudice come norma specifica tra le singole parti di un

⁽¹⁰⁾ BERLIRI, *L'ordinamento tributario*, cit., p. 46.

giudizio, creata dai loro comportamenti anteriori, e non per questo è immediatamente opponibile a terzi estranei al giudizio, anche se si trovino in una posizione sostanziale affine a una delle parti. È necessario che detti terzi siano fatti oggetto della stessa pretesa e che, in caso di inadempimento, vengano citati in un autonomo giudizio e che una stessa consuetudine possa essere accertata anche nei loro confronti, perché esplichino gli stessi effetti.

Su questo momento tecnico si traduce una categoria ben nota dell'esperienza giuridica medievale: il particolarismo, la concezione della norma come qualità delle cose, che attende di essere accertata in confronto con i soggetti che hanno una relazione con esse. Questo saggio non ha quindi per oggetto uno studio comprensivo delle varie tipologie di imposta nel periodo storico tra medioevo e Antico Regime, ma solo l'analisi di uno specifico nucleo dogmatico di diritto comune, costruito dai giuristi due-trecenteschi, che costituirà il livello disciplinare con cui dovrà misurarsi lo Stato di antico regime nei secoli successivi⁽¹¹⁾.

2. *I tributi come norme particolari nei giuristi di diritto comune. Oneri personali e oneri reali.*

La prima questione da affrontare è dunque se, per diritto comune, il rapporto giuridico d'imposta si costruisca o meno su norme astratte e generali. A guidarci sarà la classificazione che i giuristi danno dei *munera* a partire da una precisa *sedes materiae*, la *l. Placet, C. de sacrosanctis ecclesiis*, nota all'edizione critica come C. 1.2.5, una costituzione di Onorio e Teodosio del 412 d.C. con cui si tiene immune la Chiesa dall'espropriazione forzata per debiti fiscali, affinché i beni «*caelestium secretorum dedicata*» non siano lordati dalla feccia di oneri sordidi, così testualmente⁽¹²⁾. In esten-

⁽¹¹⁾ B. CLAVERO, *Hispanus fiscus, persona ficta. Concepción del sujeto político en el ius commune moderno*, in «Quaderni fiorentini», 11/12 (1982-83), mostra efficacemente, sul terreno di quella non sospettabile entità statale che fu il Regno di Spagna nei secoli XVI-XVIII, l'estrema difficoltà che il potere politico aveva nel distaccarsi dalle soluzioni del diritto comune classico, costantemente intese come l'unica possibilità di costruire giuridicamente il prelievo.

⁽¹²⁾ C. 1.2.5.: «*Placet rationabilis consilii tenore perpenso destricta modera-*

sione di questo principio, la costituzione stabilisce che alla Chiesa non possa essere applicato alcun tributo straordinario — come il *superindictum*, il tributo che veniva richiesto nelle provincie in aggiunta a quello ordinario, che altro testo del Codex vuole sottoposto ad autorizzazione imperiale — a meno che non si tratti di far fronte a un'esigenza improvvisa, una *repentina sarcina* ⁽¹³⁾.

I giuristi medievali daranno al termine *sordidum* uno specifico significato tecnico, che esso non ha nel testo di partenza. I *munera sordida* saranno così quelli che consistono nella prestazione di un lavoro manuale, di cui non possono mai essere gravati gli ecclesiastici ⁽¹⁴⁾. A questi, essi affiancheranno dei *munera honesta*, parimenti consistenti nella prestazione di un servizio che però, per non essere esclusivamente manuale, può essere richiesto anche a persone di condizione elevata ⁽¹⁵⁾.

Azone, utilizzando termini che trova in altri testi del *Corpus iuris*, distingue questi oneri in *angaria* e *parangaria*: i primi consistono nella pura prestazione di un'opera attraverso il lavoro ma-

tione praescribere, a quibus specialiter necessitatibus ecclesiae urbium singularum habeantur immunes. prima quippe illius usurpationis contumelia depellenda est, ne praedia usibus caelestium secretorum dedicata sordidorum munerum faece vexentur».

⁽¹³⁾ Così prosegue il testo di C. 1.2.5: «nihil extraordinarium ab hac superindicticumve flagitetur, nulla translationum sollicitudo gignatur, postremo nihil praeter canonicam illationem, quam adventiciae necessitatis sarcina repentina depoposcerit, eius functionibus adscribatur. Si quis contra venerit, post debitae ultionis acrimoniam, quae erga sacrilegos iure promenda est, exilio perpetuae deportationis uratur». Il testo in tema di *superindictum* cui si fa sopra riferimento è una costituzione del 382 d.C. di Graziano, Valentiniano e Teodosio, riportata nel Codex come *lex unica* del titolo omonimo (C. 10.18.1). In esso si stabilisce che tale tributo integrativo non poteva essere richiesto dai soli prefetti, ma necessitava dell'autorizzazione imperiale.

⁽¹⁴⁾ «Item in retinendo, ut circa munera contingit, in quibus ita divido, quia alia sunt sordida: ut calefactio balnei, custodia aquaeductus, et similia, quae specificantur in ff. de muneribus et honoribus. I. munerum usque ad illum § patrimoniale». AZONE, *Summa Codicis*, ed. Venezia, 1566, tit. *de sacrosanctis ecclesiis*, n. 8 (col. 10).

⁽¹⁵⁾ Un dato che si ripeterà costantemente negli apparati del diritto comune. Si veda, ad esempio, ODOFREDO: «Munera sordida sunt, quae non praestantur cum honestate personae, sed cum utilitate, ut calcis coquendae, arenae fodiendae lapidis cecidit et haec munera non indicuntur honestis personis, sed vilibus, ut puta, rusticis». In *primam Codicis partem*, ad l. *Placet rationabilis* C. *de sacrosanctis ecclesiis*, n. 5 (ed. Lugduni, 1550, fol. 9 va.).

nuale, i secondi nella prestazione di un servizio con mezzi pagati dallo stesso onerato. Questi oneri, anche se richiesti in via ordinaria, non possono essere imposti agli ecclesiastici, i quali non possono essere costretti a prestare opere o servizi manuali. La Chiesa resta così soggetta solo a una terza specie di *munera*, quelli *rerum tantum*, che hanno ad oggetto la sola prestazione di cose⁽¹⁶⁾.

Si crea così negli apparati una prima distinzione dei *munera* sulla base dell'oggetto della prestazione, che porterà i giuristi successivi a una tripartizione, la quale, se pure non compare nella Glossa Magna, animerà tutti gli apparati dalla metà del Duecento in poi: quella tra oneri personali, reali e misti. I primi sono quelli che hanno ad oggetto solo un'opera prestata dall'onerato senza concorso delle sue risorse patrimoniali: un insieme vastissimo, in cui si comprendono tanto i lavori manuali più infimi, come la cottura della calce o la bagnatura degli zoccoli dei cavalli, e perciò detti *sordidi*, quanto altri, detti per converso *honesti*, tra cui si comprende l'ufficio di tutore, o quello di giudice, ad esempio⁽¹⁷⁾.

I giuristi successivi introdurranno ulteriori distinzioni in questa specie di *munera*, utilizzando le categorie del *sordidum* e dell'*honestum*, ma senza modificarne l'estensione complessiva⁽¹⁸⁾. Lo

(16) «Honestia alia sunt ordinaria, alia extraordinaria. Item ordinaria alia sunt angaria, alia parangaria, alia rerum. Angaria seu parangaria non subit ecclesia...Sunt autem angaria quae consistunt in exhibitione operae. Parangaria, quae in exhibitione operae consistunt et sumptu. Rerum tantum, ut tributa quae autem ea sint, dicitur ff. de muneribus et honoribus l. munerum (secunda) § mista. Rerum vero subit, praeter superindictum, quod est ordinarium ut ff. de muneribus et honoribus l. munerum usque ad illum § patrimoniorum [...]». AZONE, *Summa Codicis*, cit., nn. 8 e 9.

(17) «Munera personalia quae consistunt in persona tantum et non in expensis pecuniae, vel sumptu rei sunt huiusmodi: esse tutorem pupilli, vel curatorem adulti. Hoc est munus personale tantum: quia consistit in persona tantum nec est necesse quod ipsi expendant de sua pecunia in re pupilli, vel adulti. Item est personale munus tantum esse syndicum, quod est nomen grecum, sed latine dicitur defensor, quia consistit in persona tantum: nam pro universitate non facit sumptus de pecunia sua, imo debet ab universitate habere sumptum quem facit. Item officium iudicandi est personale munus tantum: quia consistit in persona tantum...». ODOFREDO, in *primam Codicis partem*, cit., n. 4 (fol. 9 rb).

(18) Guillaume de Cunh distinguerà i *munera personalia* in tre classi. La prima è quella dei *munera* cui è annesso un *honor*, come quello di giudice. I secondi sono i sordidi, oneri puramente manuali. I terzi sono quegli oneri non sordidi, perché non

stesso deve dirsi per i *munera mixta*, una specie che si sovrappone perfettamente ai *parangaria* di Azzone, la quale comprende tutti quei servizi che devono essere resi dall'onerato a spese proprie e che quindi uniscono un elemento personale e uno reale⁽¹⁹⁾. L'esempio generalmente adoperato è quello di chi deve andare in guerra al fianco di un qualche signore, provvedendosi di armi e cavallo con i propri mezzi.

Lo scarso interesse definitorio verso queste due specie di *munera* si spiega agevolmente col fatto che essi non sono suscettibili di aumentare o diminuire. Il servizio personale si presta *cura animi et labore corporis interveniente*, secondo la definizione di Jacques de Révigny: il soggetto passivo è onerato del raggiungimento di uno scopo, nobile o infimo che sia, non della prestazione di una quantità di lavoro di cui possa essere data una valutazione in termini economici, tanto da poter essere surrogata dalla prestazione di una somma di denaro o dalla sostituzione di un terzo all'obbligato, nel caso dell'inadempimento di questi⁽²⁰⁾.

Ciò è vero tanto per gli oneri personali, che per quelli misti, in cui l'esborso cui è costretto l'onerato è funzionale solo alla cura che egli intende porre nello svolgimento del compito che gli tocca. Restando all'esempio consueto agli apparati, che il milite voglia andare in guerra con corazze splendenti è del tutto affar suo, e nes-

consistono in un'attività manuale, cui però non è connesso alcun *honor* specifico, ed è il caso del tutore o del curatore. GUILLAUME DE CUNH, *super Codicem*, ad l. *Neminem C. de sacrosanctis ecclesiis*, n. 2, ed. Lione, 1513, fol. 6 va.

⁽¹⁹⁾ «Munera mixta, id est personalia et realia sunt consistentia in labore in persone et sumptu rei, vel pecuniae, sicut est ut quilibet teneatur ire exercitum suis sumptibus: est personale, quod personaliter vadit, est reale, quod de suo patrimonio vivit.». ODOFREDO, *in primam Codicis partem*, cit., n. 5.

⁽²⁰⁾ «Personalia sunt ea quae cura animi et labore corporis interveniente exhibentur sine pecunie arrogatione, ut quod aliquis teneatur ire in exercitum regis pecunia regis, illud est munus personale...Mixtum est quod interveniente cura animi et corporis labore et cum hoc interveniente pecunie erogatione exhibetur, ut quod aliquis teneatur ire in exercitum regis sine sumptibus. Munus reale est quod pro rebus ipsis praestatur ut cum aliquis debeat duos denarios pro vinea sua, nam res impeditur seu praestatur nec persona fatigatur [...]». JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura Codicis* (falsamente attribuita a Pierre de Belleperche) ad l. *Placet C. de sacrosanctis ecclesiis*, ed. Parigi, 1519, fol. 5 vb.

suno potrà tenerlo inadempiente se si presenterà sul campo di battaglia con mezzi rabberciati.

Questa qualità dei *munera* che hanno ad oggetto una prestazione personale sarà costantemente mantenuta dai giuristi per tutto il corso del diritto comune, sia pure affidandola a argomenti diversi. Nel primo Trecento, Guillaume de Cunh pone una questione: posto che un soggetto sia onerato di dare vitto e ospitalità una volta all'anno al signore da cui riceve l'uso di una terra, quando egli si presenti, è lecito che questi, non essendosi recato per più anni in quel luogo, richieda in unica soluzione le prestazioni non godute?

La soluzione non è perspicua. Si può propendere per la tesi positiva, se si considera la *certitudo* del rapporto obbligatorio, ritenendo che esso abbia ad oggetto la fornitura di una certa quantità di derrate all'anno. Si può propendere anche per la negativa, ove si consideri la prestazione come la fornitura del vitto che il signore avrebbe consumato durante la sua permanenza. In questa prospettiva, la possibilità di capitalizzare le prestazioni non godute in precedenza, sia pure in natura, può ben dirsi non appartenere al *munus* originario, portando a un maggiore aggravio dell'obbligato⁽²¹⁾.

Ogni incertezza cessa se dalla capitalizzazione in natura si passa a quella in denaro: questa è sicuramente indebita, poiché presupporrebbe di trasformare l'obbligo ad un servizio certo e indivisibile nell'obbligo ad una prestazione fungibile, capace di essere sostituita con un'altra, secondo il suo valore economico⁽²²⁾.

(21) «Et istum textum inducit Gui. ad quaestionem. Pone quidam tenet fundum a domino ita quod debet istum recipere quolibet anno cum quinque equitibus. Stent per duos vel tres quod non venit dominus: dominus petit illud quod expedisset si venisset. Quaeritur nunquid vasallus teneatur et videtur quod sic cum teneatur ad certum servitium ff. de verborum obligationibus l. stipulationes non dividuntur § plane et... Quid dicendum contrarium tenet ipse per istam legem et infra titulo proximo l. secunda § ad perangaria et pro ista parte videntur iura quod vasallus solum teneatur ad victualia prestanda.». GUILLAUME DE CUNH, *super Codicem*, cit., n. 14, fol. 7 vb.

(22) «Sed si dominus possit convertere in pecuniam victualia esset magnum preiudicium vasalli quare dicam quod non teneatur ei ad extimationem...». *Ibidem*.

Allo stesso modo, Oldrado da Ponte afferma che il *munus* del servizio militare legittima il creditore a pretendere che l'onerato partecipi alla guerra del Re di cui il primo è, a sua volta, vassallo, imponendo così che quegli spenda dei propri averi per armarsi⁽²³⁾. Non lo legittima, per contro, a esigere dall'onerato di contribuire in denaro alla somma richiesta dal Re perché sia questi a acquistare armi per tutti i suoi militi. Poiché nessuno può essere giudice in causa propria, un signore non può conoscere del *munus* a lui dovuto e portarlo oltre il suo titolo⁽²⁴⁾. Una soluzione, quella di Oldrado, che sarà seguita dagli autori ancora nel pieno Seicento e oltre⁽²⁵⁾.

Qui è il punto: per il diritto comune il tributo è sempre frutto di un titolo specifico, che lega due soggetti e si trasmette ipso iure ai loro successori. Che il titolo sia dato da un accordo tra le parti o da un atto unilaterale o, ancora, da un fatto materiale, è cosa che non muove i giuristi ad alcuna distinzione nel concetto unitario di *munus*. Un aspetto, questo, pienamente concorde all'ipotesi della consuetudine medievale che abbiamo prima assunto: per essa, la consuetudine nasce da un fatto che è univocamente orientato a questo scopo e si instaura come norma solo tra i soggetti

⁽²³⁾ OLDRADO DA PONTE, *Consilia seu responsa*, n. 234, ed. Venezia, 1560, p. 106. Questo il caso: «Quidam miles tenet tam ipse, quam eius praedecessores tenebant per triginta annos et ultra, et sic tenere recognoverunt in feudum franchum, et nobile cum facto fidelitatis certa bona a quondam barone, cui idem miles fecit homagium franchum, et praestitit fidelitatis iuramentum. Demum guerra Guasconiae per dominum regem Franciae indicta dictus baro vasallus regis pro ipsa guerra fecit expensas: modo idem baro indixit dicto militi certam praestationem pecuniarum sibi solvendam per ipsum militem pro dictis expensis ratione feudi praedicti cum idem requisisset prius dictum militem, ut iret cum eo ad exercitum praedictum. Nunc quaeritur an dictum miles, qui ad dictum exercitum ivit per se vel alium propter regis mandatum, et regi obtemperare volens, nihilominus teneatur ad solvendum praestationem praedictam sibi impositam: cum ab ipsa indictione et impositione idem miles duxerat appellandum».

⁽²⁴⁾ «Secundo videndum est de iustitia taxationis, sive pecuniariae impositionis, et in hac indubitanter videtur dicendum, quod iniusta fuerit: quia non potuit esse iudex in causam propriam, ut C. ne quis in sua causa iudicet, vel ius sibi dicat [...]». *Ibidem*.

⁽²⁵⁾ C. KLOCK, *Tractatus nomico-politicus de contributionibus in romano-germanico Imperio*, cap. 2, n. 42, ed. Colonia, 1699, p. 46.

cui questi fatti sono opponibili. Le situazioni giuridiche attive o passive che si accrescono alle parti di questa relazione derivano così da una norma loro specifica, non da una norma generale che abbia prodotto loro un effetto eguale a quello che si produrrebbe ad altri, quando possedessero eguali presupposti.

La vicenda che Guillaume de Cunh e Oldrado da Ponte ci descrivono è, così, perfettamente sovrapponibile a una questione frequentemente trattata dai giuristi di diritto comune per esplicitare gli effetti della consuetudine. Se un contadino va costantemente a servirsi del mulino di un altro soggetto per macinare il grano che produce sul proprio fondo, questo fatto genera una consuetudine, perché il proprietario del mulino, non avendone proibito l'uso in passato, non potrà precluderne l'uso in futuro. Ci si chiede però se il proprietario del mulino possa, su questo stesso titolo, pretendere che il contadino se ne serva, quando questi non volesse più farlo. La soluzione generalmente accettata propende per la negativa: perché il contadino sia obbligato a macinare il proprio grano in quel mulino, occorre che il proprietario gli ingiunga di servirsene e, ove il contadino adempia, nascerà per questo una consuetudine che lo obbligherà a questo comportamento anche per il futuro. Ove, al contrario, non adempia, la consuetudine non potrà dirsi esistente e il proprietario del mulino non avrà verso il contadino una pretesa azionabile in giudizio ⁽²⁶⁾.

(26) «Hoc non approbat Petrus et bene, et ideo dic secundum eum, cum quaeritur, numquid per hoc, quod alii usi sunt tali actu sine contradictione, inducatur consuetudo, quantum ad hoc, quod alii similes in simili casu possunt uti aliis invitis, et sic active? Dicendum est, quod sic, licet contradictio facta non fuerit, ut in dicto exemplo. Nam consuetudo non differt a lege, nisi sicut tacitum et expressum, ideo, et c., ut dicta lege, de quibus. Aut quaeritur, numquid inducatur consuetudo, quantum ad hoc, quod compellantur uti tali actu, si uti noluerunt, et sic passive? Et dicendum quod non, nisi contradictio facta fuerit, et illi obtemperaverint. Nam cum statim obtemperatum est, incipit praescribere contra obtemperantem adversarius. Unde si aliquis iverit ad molendinum meum et cum semel ire nollet et contradiceret, voluit quod iret, et nihilominus tandem obtemperavit: tunc incoepi praescribere contra eum, et ideo postea per tempus, quo inducerit praescriptio iverit, potest compelli, ut eat in futurum. Sic dico in proposito et de hoc dixit supra de servitutibus et aqua l. prima et secunda.». CINO DA PISTOIA, *Lectura Codicis*, ed. Francoforte, 1578, *ad l. Consuetudinis ususque*, C. *quae sit longa consuetudo*, n. 10, fol. 522 r. col. 2.

3. *La natura proprietaria degli oneri reali.*

Questo è il problema per il vassallo di Guillaume e per il milite di Oldrado: accettare l'ingiunzione del signore a pagare in unica soluzione il vitto non goduto o a contribuire alle spese del Re per l'equipaggiamento del proprio esercito significa costruire una nuova norma, destinata a perpetuare i propri effetti nel futuro. Rifiutarsi, contestando la pretesa del signore davanti a un giudice, significa impedire il sorgere di questo nuovo equilibrio di rapporti tra le parti⁽²⁷⁾.

Il fatto però che ciascuno di quei soggetti abbia espresso soggezione rispetto alla pretesa dell'altro, sia esso il proprietario del mulino o il nobile titolare di diritti sulla terra, non implica che da quel titolo nasca uno stesso obbligo per gli altri soggetti che si trovassero nella medesima condizione di partenza. Perché questa si determini, occorre che questi vengano singolarmente intimati e adempiano: se contestano efficacemente, l'obbligo non graverà su di loro⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ «Nam ex quo erant praesentes, consenserunt quoniam in talibus, quae utilitatem publicam respiciunt, assistentes habentur pro consentientibus...Sed dices tu, verum est, ubi tacentes poterant impedire actum, qui agebatur, sed alii non poterant impedire, ergo, etc. ut in regula iuris, eius est velle. Ad quod dicendum est, quod licet extranei non haberent causam appellandi, ut sententiam infligerent, tamen alias poterant de facto contradicere, ut consuetudo non induceretur». Ivi, n. 14, fol. 523 col. 2. PEZZOLO, *Tassare e pagare le tasse*, cit., dà conto che nel dibattito «politico e ideologico» dal XIII sec. in poi si parlasse spesso di un diritto del contribuente «di opporre un'ampia resistenza — perfino la palese evasione — alle richieste del fisco». La dottrina della *contradictio de facto* (che non si trova solo in Cino da Pistoia, ma in Bartolo e Baldo) mostra come questo non fosse un diritto soggettivo (che presupporrebbe un titolo già perfezionato in favore del contribuente) ma il fatto dal quale il contribuente intende maturare a sé l'immunità da una consuetudine. In questi termini, l'evasione generalizzata può non essere un comportamento *contra legem*, ma un'azione *ad legem non perficiendam*, quindi lecita. Si tenga conto del particolarismo della norma consuetudinaria che, accertata per un soggetto, può non esserlo per un altro, pur in presenza dei medesimi presupposti.

⁽²⁸⁾ «Nam cum agitur de consuetudine inducenda, quae respicit utilitatem publicam, praesentes videntur tacite consentire...sed his obstat, quia alii non poterant illis sentiis contradicere, quia non intererat eorum...ergo tacendo non videntur tacite consentire...Responde si de iure contradicente non poterant, de facto tamen debebant,

La configurazione dei *munera realia* procede sugli stessi principi. In linea generale, il tributo che grava sulle cose viene definito come quello che si paga dalle cose stesse, ossia dalla terra, in base alla sua estensione. Anche qui, tuttavia, la natura del titolo costitutivo non entra negli apparati dei giuristi.

Analizzando il tema centrale della *l. Placet* — la soggezione della Chiesa ai tributi — Jacques de Révigny pone una questione: accertato che la Chiesa non paga tributi su tutti i suoi beni, tale esenzione si estende anche agli acquisti di terreni già gravati da un tributo ⁽²⁹⁾?

Se si seguisse alla lettera il dettato della *l. Placet*, occorrerebbe dire di sì, poiché, con l'acquisto, il terreno entra comunque nel patrimonio della Chiesa. A questa soluzione osta però un fondamentale argomento contrario: ogni bene si trasferisce con i diritti che lo onerano, e la cosa non cambia quando si tratta di tributi, posto che è lo stesso *Corpus iuris* a dire che il fisco diviene titolare dei diritti dei privati, cui succede. Ove si ragionasse altrimenti — continua il Révigny — basterebbe che il contadino trasferisse alla Chiesa il proprio diritto sulla terra che coltiva per liberarsi dagli obblighi verso il suo signore ⁽³⁰⁾.

Si potrebbe certo dire che il *munus reale*, così definito, sia in realtà un canone d'affitto, e che la prestazione abbia così titolo in

ne consentientes videantur...». BARTOLO, *in secundam Codicis partem*, ad *l. consuetudinis ususque C. quae sit longa consuetudo*, n. 14, ove riporta l'opinione articolata di Guillaume de Cuh.

⁽²⁹⁾ Una tesi presente in altri apparati limita l'esenzione della Chiesa ai soli terreni specificamente funzionali all'esercizio dei sacramenti, come i fondi dai quali si trae il frumento più chiaro di colore, dedicato alla confezione dell'eucaristia. Cfr. ODOFREDO, *in primam Codicis partem*, cit.

⁽³⁰⁾ «Quaero aliquis rusticus tenet in districtu alicuius baronis predium de quo soluit sibi decem quolibet anno. Illud predium dat ecclesie. Numquid ecclesia compellitur solvere illud quod solvebat ille a quo habebat causam? Videtur lege ista esse pro ecclesia quod non. Ex adverso sunt infinite rationes quod sic. Nam res transit cum onere et iure suo argumenta ff. de iure fisci l. fiscum, ubi dicitur quod fiscus utitur iure privati in cuius locum succedit...Item nemini dominorum ius suum detrahi oportet. Haec est ratio quae movet me. Sed si rusticus posset dare fundum ecclesie et ecclesia nihil solveret et sic alius et sic de singulis usque in infinitum totum sibi auferent, quod esse non debet». JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura Codicis*, cit., fol 5 va.

una relazione sinallagmatica tra concedente e concessionario della terra su cui l'onere grava.

È però sufficiente considerare alcuni dati — crediamo, ormai definitivamente acquisiti alla storiografia giuridica — per rendersi conto che qui opera la stessa dinamica della consuetudine sopra illustrata. Il primo: tanto il concedente, che il concessionario, sono proprietari della cosa, l'uno a titolo diretto, l'altro utile. Il che implica che ciascuno ha un suo diritto sulla cosa che può trasferire, tra vivi o *mortis causa*, senza bisogno del consenso dell'altro. Il secondo: questa situazione può originare tanto da un contratto, quanto da un fatto materiale di appropriazione di una o più tra le utilità di cui il bene può essere causa o, persino, semplice occasione. Il terzo: dati due diritti autonomi sullo stesso bene, l'equilibrio tra le ragioni dell'uno e quelle dell'altro proprietario può realizzarsi esclusivamente sul piano della tutela reale, non di quella obbligatoria. In altri termini, il mancato pagamento del *munus reale* non ha sanzione nella risoluzione della concessione, ma costituisce titolo per la rivendica del bene da parte del concedente. A parti invertite, la mancata rivendica a seguito dell'inadempimento del concessionario può condurre alla prescrizione del diritto del concedente.

In altri termini, il *munus reale* è un peso che si è costituito su un determinato fondo in virtù di un titolo specifico, che riceve validità dalla perpetua osservanza che le parti vi hanno prestato in passato.

Non è per caso che i giuristi del diritto comune affrontino il tema dell'acquisto e della perdita dei diritti enfiteutici per effetto del decorso del tempo a partire da una costituzione dell'Imperatore Anastasio — che diventa per loro la *l. Comperit C. de praescriptionibus triginta vel quadraginta annorum* — con cui si stabiliva che il mancato pagamento del tributo per più di quaranta anni non potesse essere invocato come titolo di liberazione dal relativo obbligo.

Il Révigny, ad esempio, traduce il testo romano in questi termini: il possessore di un fondo su cui grava un tributo è tutelato nel suo possesso anche se non ha mai pagato questo onere, perché nessuno può avocare il suo dominio sulla cosa⁽³¹⁾. Se si mantiene

⁽³¹⁾ «Quidam fundum est tributarium, pro quo fundo debet tributum. Quidam

nel possesso del fondo, tuttavia, il non aver pagato per oltre quarant'anni il tributo non lo esime dal doverlo pagare di lì in poi, poiché il decorso del tempo non gli ha fatto acquistare un'immunità, che si tradurrebbe nell'acquisto di utilità ulteriori ai limiti di quel dominio che gli spetta rispetto al suo titolo⁽³²⁾.

Questo è uno schema generale, che si presenta eguale in qualsiasi relazione giuridica abbia ad oggetto la terra. Chi entra nell'allodio altrui e lo coltiva acquista, con questo suo comportamento unilaterale, un dominio utile sul bene, ma deve per questo riconoscere il diritto del proprietario diretto pagando un canone. Allo stesso modo, chi si impossessa di un bene dell'Imperatore vi acquista lo stesso un dominio utile, ma non può certo prescrivere il rapporto di soggezione, capitalizzando al suo dominio un'utilità che ad esso non compete, come l'immunità dal tributo.

La soluzione di Bartolo non è diversa: chi paga il canone per molti anni acquista a sé un diritto enfiteutico sulla cosa, in assenza di qualsiasi accordo col proprietario diretto, perché tale atto, importando il riconoscimento del dominio utile, glielo ha fatto usucapire⁽³³⁾. A parti invertite, l'enfiteuta che non paghi il canone per un lungo tempo potrà dirsi liberato dal pagamento dei canoni pregressi, non dall'obbligo di pagarli in futuro, cosa che equivarrebbe all'acquisto della piena proprietà sul bene⁽³⁴⁾.

possedit fundum illum longissimo tempore nec soluit tributum: numquid est tutus. Dicitur quod sic. Ut non posset ab eo advocari dominium: sed a prescriptione census non est tutus.». Ivi, ad l. *Comperit C. de praescriptione 30 vel 40 annorum*, fol. 347 ra.

⁽³²⁾ «Quidam dicunt quod habent allodia, nec tenetur ab aliquo certe utile dominium potest prescribi, unde quod habet rem ab imperatore potest prescribere, nec possit ab eo res advocari, sed dominationem et subiectionem non potest prescribere, et si numquam fuit solutum debet imponi». *Ibidem*.

⁽³³⁾ «Item posset intelligi an idem sit in emphyteuta, scilicet an solvendo canonem per triginta annos vel quadraginta praescribat ius emphyteuticum, licet ab initio iura emphyteutica non fuerunt ei concessa, et tunc diceret verum, sicut hac lege permittitur praescribere ius emphyteuticum, salva canonis prestatione». BARTOLO DA SASSOFERRATO, *in secundam Codicis partem*, ad l. *Comperit, C. de praescriptione 30 vel 40 annorum*, ed. Venezia, 1590, p. 59 v.

⁽³⁴⁾ «Praestatio tributi, quam sit in recognitione universalis dominii, tempore non tollitur, h.d. Est argumentum quod contra prestationem decimarum non possit

Per come è agevole vedere, il giurista medievale non distingue la causa del tributo da quella del canone: comunque lo si voglia chiamare, esso è l'onere che grava su di un fondo non allodiale, ossia qualsiasi terreno sul quale esiste, a qualsiasi titolo, un dominio utile. In questi termini, il *munus reale* non si distingue da quello *personale* o dal *mixtum* altro che per l'oggetto della prestazione, che consiste in beni e non in opere. Resta eguale l'elemento di fondo: il creditore non può aumentare a suo piacimento l'importo del tributo, atteso che il debitore può citarlo dinanzi a un giudice terzo per chiedere di adempiere nella misura originaria. Il creditore, d'altro canto, può adire il giudizio per chiedere che il suo onere rimanga quello stabilito dal titolo, il cui adempimento non rileva per la sua sostanza economica, ma come atto ricognitivo del diritto che il percettore ha sul bene.

4. *Dagli oneri reali agli oneri patrimoniali.*

Il *munus reale*, come definito dai giuristi del diritto comune, non è quindi un'imposta, men che meno sul reddito.

Ancora agli inizi del Seicento, i tributi dovuti dai *rustici* ai loro signori vengono definiti come effetti della proprietà, non della semplice preminenza del creditore⁽³⁵⁾. Il diritto a percepire dal proprio vassallo una prestazione di qualsiasi specie consegue cioè alla costituzione di un dominio dell'onerato sul fondo, che può trovare come titolo tanto il contratto, che il decorso del tempo. L'esazione del tributo rileva così come momento ricognitivo del dominio diretto del signore, il pagamento come ricognizione del

praescribi. Quaerit glossa an idem sit in emphyteuta. Dicit glossa, quod sic, ut infra eo l. cum notissimi, in fine. Ista quaestio potest intelligi duobus modis. Uno modo, an emphyteuta non solvendo pensionem, liberationem praescribat, et tunc si glossa diceret quod non, male diceret, quia omnis actio et omnis petitio tollitur tanto tempore, ut supra eodem l. sicut. Nec obstat haec lex, quia loquitur de praescriptione quae sit in recognitionem utilis domini. Item posset intelligi haec quaestio, an idem sit in emphyteuta solvente pensionem, ut non praescribat dominium». *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Cfr. KLOCK, *Tractatus*, cit., cap. 2, n. 35, ove ampi riferimenti alla dottrina dell'epoca.

dominio utile del vassallo, che non può essere allontanato dal fondo, finché presta il servizio di cui è onerato.

Dato per noi più importante, il tributo non può aumentare all'accrescersi delle necessità finanziarie del creditore o all'aumento di valore del bene gravato: a regolare questa vicenda sarà sempre il titolo costitutivo del dominio, la cui rinegoziazione in senso più gravoso per l'onerato può andare incontro alla presunzione di una coazione da parte del signore, con la possibile declaratoria di nullità del patto da parte del giudice⁽³⁶⁾.

Inutile quindi partire dalla definizione del Re o dell'Imperatore come *dominus* della terra per cercare quell'imposta che si identifica nello Stato: per questa via non potremmo trovare altro che la ricognizione dei loro diritti sulle cose, comunque costituiti dalla consuetudine e, perciò stesso, imm modificabili per loro sola volontà.

L'imposta nasce altrove, su una diversa dinamica consuetudinaria che vede, ancora una volta, Re e Imperatori come elementi puramente accidentali della fattispecie: la ripartizione dei debiti di una collettività, contratti per l'utilità comune ai suoi membri. Tornando agli apparati sulla *l. Placet*, è agevole notare come i glossatori distinguessero i tributi reali cui andava soggetta la Chiesa, da quelli cui era immune, sul criterio dell'ordinarietà. La Chiesa, per Odofredo, era tenuta all'*indictum*, la prestazione che poteva dirsi ordinaria perché costantemente chiesta dall'Imperatore nei cinque anni precedenti, non al *superindictum*, l'onere aggiuntivo che lo stesso avesse preteso di fronte a un periodo di maggiore produttività dei suoli⁽³⁷⁾. Ciò non avrebbe impedito che la Chiesa andasse

⁽³⁶⁾ Si veda ad esempio, tra i tanti riferimenti contenuti nell'opera di Klock di cui alla nota precedente, quello a GARCIA SAAVEDRA, *Tractatus de expensis et meliorationibus*, cap. 9, n. 57, ed. Colonia, 1737, p. 80, che giunge alla conclusione per cui tutto quanto viene ottenuto dal *dominus* al di fuori del censo che il *solarieus* — il vassallo legato al fondo — deve pagargli «per vim coepisse videatur, ut in hoc vassallo quemadmodum in reliquis, praesumptio metus et coactionis urgeat [...]».

⁽³⁷⁾ «Est indictum spacium quindecim annorum et dividitur per lustra id est per tria quinquennia, ut dixi supra....Sed signori, Imperator non est contentus isto indicto, imo vult superindictum: quia quicquid delirant Reges plectuntur scabini, unde dicit Imperator subditi habent magnam fertilitatem hoc anno: unde bonum est quod

soggetta a una *repentina sarcina*, l'onere dovuto per una necessità improvvisa⁽³⁸⁾.

Questo schema viene reso dai giuristi successivi in modo del tutto diverso: i *munera* reali sono di due specie. La prima è quella dei *munera* che si impongono sulle cose per sé stesse, negli esempi che abbiamo visto prima. A questi tributi la Chiesa va soggetta se sono sempre stati richiesti e pagati come ordinari, salve le ipotesi riconducibili alla *repentina sarcina* di cui parla il testo romano. La seconda è quella dei *munera* che gravano sulle persone in ragione delle cose, come nel caso in cui ciascuno sia chiamato a pagare una somma in ragione dei beni posseduti. Questi non possono vedere la Chiesa come soggetto passivo, anche se vengono richiesti ordinariamente⁽³⁹⁾.

Tale categoria di *munera* comprende esclusivamente ipotesi di ripartizione pro quota di una spesa fra soggetti tributati di eguale legittimazione passiva, noto alla prassi e alla scienza giuridica col nome di *colletta*⁽⁴⁰⁾. Il titolo della ripartizione coincide con la

senciamus ratione fertilitatis aliquid, unde indicimus, id est superindictum alium corbem frumenti hoc superindictum non solvit ecclesia, et de indicto agitur...Unde nota quod ecclesie de suis prediis prestant indictum, quia est regularis prestatio, non superindictum, ut hic colligitur...». ODOFREDO, *in primam Codicis partem*, cit., n. 2, fol. 8 vb.

⁽³⁸⁾ «Sed dic mihi, quod est repentina sarcina. Audi. Cum Imperator repente transit per aliquem locum et in eodem transitu imponit munera, quod uni imponit certum modum vini, alteri certum modum panis, et sic de singulis et de repentina, quod si aliquis Imperator mittat literas: sciatis quod tali die veniemus, expectamus non venit, sed quid facit? Alia die, dum non expectatur venit, hic est sarcina repentina: onus repentinae necessitatis et in tali munere non excusantur ecclesiae, quod est ordinarium munus et ad hoc facit infra eodem l. neminem et hic est quod vult dicere haec litera.». Ivi, n. 3.

⁽³⁹⁾ «Munus reale est quod pro rebus ipsis praestatur ut cum aliquis debeat duos denarios pro vinea sua, nam res impeditur seu praestatur nec persona fatigatur facit in lege praeallegata § patrimoniorum. Hiis itaque praemissis videndum est quae munera solvat ecclesia et que non.[...] Si queritur de honestis ordinariis et realibus distingo. Nam quidam sunt realia et indicuntur ipsis rebus gratia rerum, quedam quae persone gratia rei ut si fiat collecta et quilibet solvat pro modo facultatum suarum. Si queritur de realibus quae gratia rerum indicuntur personis, talia munera non subent ecclesiae nec ecclesiasticae personae [...]». JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura Codicis*, cit., fol. 5 vb.

⁽⁴⁰⁾ Uno schema, quello del tributo che si impone *personae pro rebus* che si ri-

causa dell'esborso: far fronte a una necessità, che coinvolge in egual misura una serie di soggetti che riceverebbero, da quel fatto imprevedibile, pari nocimento. L'esempio principe è la guerra: di fronte all'assalto di una popolazione nemica, i proprietari devono contribuire al pagamento della difesa del territorio, che coincide con la difesa delle loro proprietà. Un principio che i giuristi medievali giustificano su testi del *Corpus iuris* lontanissimi dal descrivere relazioni di diritto pubblico, come la *lex Rhodia de iactu* e la sua nota disciplina di redistribuzione del danno fra i proprietari delle merci trasportate per nave, in caso di perimento parziale delle stesse⁽⁴¹⁾.

La disciplina di tali *munera* viene costruita dai giuristi sulle modalità di distribuzione della spesa. Una questione sempre presente agli apparati è se il tributo gravi sui soggetti che posseggono beni fuori dalla comunità che deve ripartire la relativa spesa. Tale problema non può porsi per il *munus personale*: un soggetto può essere richiesto di un servizio, come quello di tutore o di giudice, tanto nella sua comunità originaria, tanto in quella in cui risiede. A fortiori, esso non è configurabile per il *munus reale*: in qualunque cosa esso consista, il tributo segue il bene e l'onere si riflette su chi detiene il corrispondente diritto, anche se non risiede nel territorio in cui il fondo insiste⁽⁴²⁾.

propone in numerose ipotesi di tassazione su base locale. La «tassa sulle case» introdotta a Milano nel 1561 viene non a caso definita pochi decenni più tardi un «insieme di due specie», l'una reale, l'altra personale. Su questa vicenda M. BARBOT, *Proprietà, giurisdizione e cittadinanza in una misura di fiscalità diretta. Tassare gli immobili nella Milano d'età moderna*, in «Quaderni storici», 2014, 147, p. 1.

(41) «Sed pone aliqui veniunt ad devastandum terram istam. Ibi sunt abbates pecuniosi. Numquid ipsi conferunt? Credo quod sic, quia eorum res agitur. Sic si videtis si plures sint in navi et orta sit tempestas, propter quam merces unius periscunt in mare: ceteri debent tribuere et conferre. Sic in proposito: si patria una patitur tempestatem debet tribuere et certe praesens exercitum bene debet reputari tempestas hoc dico per legem ff. ad legem rodiam de iactu l. prima et secunda». JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura Codicis*, cit., fol. 5 vb.

(42) «Sed venio ad munera patrimonialia iuxta quod sciendum quod patrimoniale munus dupliciter dicitur, uno modo quod principale rebus inducitur, aliud est quod inducitur principale persone pro rebus. Et est differentia inter ista, quia quando inducitur principale rebus attenditur locus ubi res est et ibi potest collectari licet

La soluzione procede dalla causa che ha dato titolo alla spesa che deve essere ripartita: se questa riguarda tutta la generalità di una popolazione, senza riferimento a un luogo determinato, il tributo si esige sulla base del domicilio, per cui si ripartirà fra i membri di una comunità anche in base ai beni che essi, in ipotesi, posseggono altrove⁽⁴³⁾. Se la causa della spesa è, al contrario, legata a un luogo determinato, i singoli che vi abitano saranno tenuti a accollarsene una quota solo in funzione dei beni che vi posseggono; ne saranno di conseguenza esentati se i loro averi stanno altrove⁽⁴⁴⁾.

Questa tesi, generalmente seguita, non sembra collimare con quella che, in modo altrettanto uniforme, viene data dai giuristi a un problema speculare: lo straniero — il *forensis* — non è tenuto a contribuire alla spesa per i beni che possiede nel territorio ove è indetto il tributo, per come accadrebbe se questo *munus* fosse tra quelli *mere realia*⁽⁴⁵⁾.

La distanza tra queste due discipline esiste, in realtà, solo se si parte dall'ipotesi per cui il soggetto che indice il tributo sia un *prius* rispetto al tributo stesso: che il tributo sia deciso dalla comunità di cui il singolo fa parte come da un corpo politico, dotato di una generale legittimazione a impegnare le risorse dei membri i

non fuerit ibi domicilium sed ubi persone indicitur pro rebus attendimus: tunc locum domicilii et personam tanquam principale et ubi est persona et habet domicilium ibi collectizatur, quia ibi praesumitur esse...». GUILLAUME DE CUNH, *super Codicem*, cit., n. 5.

⁽⁴³⁾ «Et dico uno modo quod munus quod inducitur persone pro rebus potest habere duplicem causam, unam generalem quod non concernit certi loci determinationem, ut si princeps mandet ut quicumque habet centum in rebus teneatur ad equum armatum. Nam ista inditio non concernit magis unum locum quam alium et ideo dicerem quod collectizaretur in loco domicilii et sic intelligo d.l. rescripto § fina». Ivi, n. 6, fol. 7 ra.

⁽⁴⁴⁾ «Sed quando indicitur collecta persone pro rebus, si causa inditionis est localis et tunc non tenetur nisi pro patrimonio quod habet in loco illo». Ivi, n. 7.

⁽⁴⁵⁾ «Sed quaero, cui possit imponi haec collecta. Responde, civibus et incolis tantum d. l. rescripto ff. eo. in fi. et imo si forensis possideret in territorio unius civitatis, non posset sibi imponi collecta, quia cum imponatur personae, licet pro rebus et persona non est subdita, non potest sibi collecta imponi, ut d.l. rescripto in fine». BARTOLO, *in tres codicis libros Commentaria*, ad l. unica, C. de mulieribus et in quo loco, n. 25, ed. Venezia, 1590, p. 25.

quali, per ciò stesso, divengono suoi sudditi. Al contrario, la comunità di cui il singolo deve fare parte per essere onerato del tributo che si dirige *personae pro rebus* è, per il diritto comune, un *posterius*: un insieme di soggetti definito dal tributo, sulla base della causa che determina la spesa da finanziare.

Quando la causa della spesa è riferita a un luogo determinato, difatti, essa va ripartita solo tra i soggetti che ne risentiranno i vantaggi⁽⁴⁶⁾. Se si deve provvedere al rifacimento di una strada pubblica, ad esempio, la comunità che deve sopportarne il costo sarà diversa a seconda che la strada sia interna a una città o corra fuori da essa: nel primo caso, la comunità sarà integrata dai proprietari dei fondi finitimi, nel secondo da tutti coloro che hanno *possessiones* sul territorio che quella strada mette in comunicazione, anche se con essa non confinano⁽⁴⁷⁾. Ancora una volta, è il titolo specifico del tributo a dettarne la disciplina e le caratteristiche: l'*altera natura* del luogo fisico — la via pubblica, le mura della città — individua immediatamente i soggetti chiamati alla sua manutenzione, come l'*altera natura* di un'etnia individua, altrettanto immediatamente, il principe che deve proteggerla dal nemico, i soggetti che devono prestare il servizio militare e quelli che devono sopportare le spese della difesa⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ «Sed iuxta hoc pone via publica indiget refectione aliquae sunt posteriores quae non sunt proprie viam sed sunt in eodem territorio, quaero numquid quaelibet equaliter conferre teneatur et circa hoc ritius assumo materiam et distinctionem tractatur de via publica vel privata [...] Alia est via mere publica et vocatur regalis et ista duplex: quia quedam sunt vie publicae extra civitatem, et iste sunt mere regales et tales muro finiuntur civitatis. Sed ille quae sunt intra civitatem non sic dicuntur regales, ut ff. de servitute urbanorum praediorum l. finalis et ff. ne quid in loco publico l. secunda § hoc interdictum». GUILLAUME DE CUNH, *super Codicem*, cit., n. 10.

⁽⁴⁷⁾ «Si ergo quaeras de refectione viarum quae sunt intra civitates dico quod illa pertinet ad vicinos prout via concernit frontem cuiuslibet domus et pro hoc est text. ff. de via publica l. ediles curules § construant et eodem titulo l. prima in principio sub specie. Si autem quaeras de refectione viarum publicarum extra civitatem dico quod non solum illi qui habent predia convicina imo omnes qui habent possessiones in illo territorio tenentur conferre...». *Ibidem*.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. S. MENZINGER, *Mura e identità civica in Italia e in Francia meridionale (secc. XII-XIV)*, in *Cittadinanze medievali. Dinamiche di appartenenza a un corpo comunitario*, a cura di S. Menzinger, Roma, Viella, 2017, p. 65 e ss. Tutte le vicende di prelievo fiscale finalizzato alla costruzione di mura cittadine descritte nel saggio pos-

L'aspetto da evidenziare è che tale comunità viene ricostruita dai giuristi non come un insieme di soggetti, ma come un'unica persona, dotata per questo di un unico patrimonio. La quota di tributo che graverà sul singolo sarà data dalla frazione che i suoi beni rappresentano del patrimonio totale della comunità. Una questione trattata dai giuristi è quella di uno stesso soggetto che ha domicilio e beni contemporaneamente in due luoghi, entrambi sottoposti alla stessa *colletta*. Questi non può essere richiesto del tributo in una sola tra queste comunità per i beni che possiede nell'altra, *propter diversitatem patrimoniorum*, ossia perché la sua quota deve essere calcolata in rapporto al patrimonio totale della comunità obbligata⁽⁴⁹⁾. La conseguenza è che questo soggetto dovrà pagare una diversa aliquota per ciascuna comunità in cui possiede beni, poiché la cifra richiesta alle due comunità, in ipotesi eguale, dovrà ripartirsi in modo diverso per ognuna⁽⁵⁰⁾.

5. Conclusioni. Un sistema fiscale fattuale e particolaristico.

Sulla base di questo modello di ripartizione del debito, i giuristi costruiranno una disciplina sempre più analitica della colletta, razionalizzando le emergenze della prassi, le varie consuetudini che un potere politico sempre più pervasivo farà nascere nei diversi contesti specifici. L'inadempimento di un membro della col-

sono agevolmente essere comprese nel nucleo disciplinare illustrato da Guillaume de Cuh e fatto proprio dai giuristi successivi.

⁽⁴⁹⁾ «Pone quod quis habet domicilium in duobus locis quod esse potest...tunc quaero si indicatur collecta persone pro rebus in quo loco debeat indici. Videtur quod in loco in quo prius vocaretur, argumenta ff. de procu. l. pluribus ad munic. l. incola, ut si potior conditio praevenientis. [...] Sed videtur quod sit electio indicentis et crederem bene istam si princeps qui indicit posset de facili adiri quid erit de iure. Dico quod tunc utrobique indicatur sibi collecta pro rebus concernentibus suum. Nam non possemus dicere quod in uno domicilio collectaretur pro rebus alterius domicilii. Nam non potest hoc fieri propter diversitatem patrimoniorum...». GUILAUME DE CUNH, *super Codicem*, cit., n. 7.

⁽⁵⁰⁾ «Et licet res unius domicilii deferret in alio non obstaret si inspiceretur ratio ipsius domicilii...et per ista quae hic dixi glossam potest sustineri de muliere quae habebat patrimonium in diversis locis ut secundum diversa patrimonia indicantur sibi collecta». *Ibidem*.

lettività porta gli altri a doversi accollare pro quota la cifra insoluta solo se la spesa non è stata ripartita individuando già le quote di ciascuno, in quello che il giurista ricostruisce come un atto negoziale tra i singoli e l'*universitas* di cui fanno parte⁽⁵¹⁾. Lo stesso per l'immunità dal tributo concessa a singoli membri della comunità: essa conduce a un maggior aggravio per gli altri solo se sia stata concessa prima che l'*universitas* abbia assunto l'obbligazione che deve essere ripartita, non dopo⁽⁵²⁾. Con la duplice conseguenza che, se l'esenzione è concessa dal principe, questi dovrà tenerne conto nella successiva deliberazione delle spese da addossare alle comunità, mentre, se l'esenzione è concessa dalle singole comunità nella ripartizione, la stessa non avrà valore in casi eccezionali, come la difesa dall'attacco nemico⁽⁵³⁾. In altri termini, concedere un'esenzione significa restringere il patrimonio da sottoporre al tributo, il perimetro dell'*universitas* fra gli onerati.

A parti invertite, ove un soggetto non possa essere considerato, per sua natura, all'interno di quella comunità — come nel caso del *forensis* — la consuetudine di quella singola *universitas* potrà comunque comprenderlo, ove si possa provare che, per un certo periodo, quella ripartizione è stata chiesta a altri stranieri prima di lui, ed è stata pagata senza contestazione.

(51) «Quinto dubitatur, quid si aliquis ex illis quibus collecta est imposita repariatur non solvendo. Nunquid portionem illius inexigibilem alii de universitate solvere tenebuntur? Bartolus in dicto § actor dicit quod sic: quia ad illam solvendam quilibet contribuit pro viribus patrimonii...quod tamen videtur dubitabile, quia ex quo modus solvendi collectam ab initio inter personas et universitates fuit pro rata cuiuslibet distinctus, merito est consequens, ne defectu unius personae ex ipsis non existentibus solvendo debeant alii praegravari [...]». PIETRO DEGLI UBALDI, *de collectis*, n. 17, in *Tractatus Universi Iuris*, t. XII, Venezia, 1584, fol. 97 v.

(52) «Sexto dubitatur, nunquid aliqui de universitate sunt exempti a solutione collectarum, nunquid reliqui tenebuntur solvere totam illam quantitatem...Et dominus Ludovicum in dicto § actor qui dicit, aut contingit aliquarum exemptio ante obligationem contractam, et alii tenentur solvere totam istam quantitatem, ad hoc text. Optimus in dicta lege ab omnibus, aut contingit post obligationem indistincte inter omnes, tunc non tenentur reliqui solvere partem contingentem exempto triplici ratione, primo quia satisfactum intelligitur eximenti, qui gratis remisit [...] secundo, quia obligatio certam formam a principio assumpsit, consequens est, ut non sit recedendum [...]». Ivi, n. 18.

(53) Ivi, n. 21.

Altre questioni potrebbero essere utilmente analizzate, ma la sostanza della cosa non cambierebbe: analizzata giuridicamente — e quindi come istituto, non come finalità economica o politica — anche l'imposta variabile nasce come onere reale, prima di quella concentrazione di poteri che chiamiamo Stato — o, se si preferisce, sovranità — e nasce come consuetudine fattuale e particolaristica al pari degli altri *tributa*. Re e Imperatori possono solo utilizzare questo sistema, non sostituirlo con uno totalmente positivo. Possono spendere, ad esempio e, solo dopo aver speso, possono ingiungere alle varie *universitates* di ripianare i debiti fatti per assolvere a esigenze che riguardano i patrimoni da esse rappresentati, ancora una volta su uno schema dominicale, non immediatamente potestativo⁽⁵⁴⁾. Ancora, possono subordinare a sé il giudice chiamato a pronunciarsi sull'esistenza di quella specifica norma o costringere a diventare loro debitori coloro i quali sono, per antica consuetudine, percettori dei più disparati tributi. L'elenco degli strumenti che è possibile ricostruire dal diritto comune potrebbe continuare, individuando altrettante prospettive di ricerca, che complicherebbero ancora di più l'ambliopia metodologica da cui siamo partiti.

⁽⁵⁴⁾ Una dinamica, questa, ben analizzata dalla recente storiografia giuridica. Per un'ampia disamina si veda L. MANNORI, «*Aestima sive Catastra*». *Land Register and Legal Thought in Roman-Law Europe (14th-18th Centuries)*, in *Kataster und moderner Staat in Italien, Spanien und Frankreich (18. Jb.)*, L. Mannori (hrsg.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001, p. 29 e ss.

RICARDO SONTAG

«EXCEPÇÃO ÚNICA À CIVILIZAÇÃO CRISTÃ»:
O PROBLEMA DOS AÇOITES NA LITERATURA
JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA (1824-1886) (*)

1. Um novo código criminal civilizado? — 2. Controle dos escravos: duplo nível de legalidade. — 3. Civilizar o direito penal? Os juristas e a questão da pena de açoites. — 4. Controlar os escravos sem o chicote? Debates parlamentares e abolicionismo. — 5. Empenhos cívicos / civilização.

1. *Um novo código criminal civilizado?*

Leis penais bárbaras: era assim que o livro V das Ordenações Filipinas, parte da ordem jurídica portuguesa aplicável à colônia brasileira, era visto no início do século XIX. Por isso, a primeira constituição do Brasil independente, em 1824, prometia a elaboração de um «Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade» (art. 179, inc. XVIII). Para o novo país com pretensões de integrar o «concerto das nações civilizadas», era imperioso e urgente enfrentar o problema penal⁽¹⁾. Antes mesmo de 1824, no famoso manifesto pela independência de D.

(*) Pesquisa financiada pelo Edital PRPq 05/2016 da Universidade Federal de Minas Gerais e pelo Edital Demanda Universal FAPEMIG n. 01/2017. Agradeço a Airton Ribeiro da Silva Júnior, Aléxia Alvim Machado Faria, Arthur Barrêto de Almeida Costa, Diego Nunes, Edson Kyoshi Nacata Júnior e Lucas Carlos Lima pelas preciosas sugestões bibliográficas e apontamentos sobre alguns aspectos deste artigo, e a João Paulo Mansur pela revisão linguística

(1) Sobre o problema penal como um complexo de questões que se articulam demandando respostas globais como um traço do pensamento de meados do século XVIII, cf. G. TARELLO, *O “problema penal” no século XVIII*, in *História do direito penal entre medievo e modernidade*, organizado por Arno Dal Ri Júnior e Ricardo Sontag, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, pp. 219-230.

Pedro I de 1822, o então príncipe regente garantia que os futuros representantes em assembleia nacional dariam aos brasileiros «um Código penal dictado pela razão, e humanidade, em vez d'essas Leis sanguinosas, e absurdas, de que até agora fostes victimas cruentas»⁽²⁾. Era necessário construir a civilização brasileira.

Embora o nosso primeiro código civil tenha vindo à luz somente em 1916, o primeiro código criminal foi promulgado já em 1830. Saudado como um marco de superação da «barbárie» da velha legislação⁽³⁾, o novo código, porém, trazia em si alguns dispositivos que causavam perplexidade. Um dos melhores exemplos é o artigo 60, que previa que, «se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoites, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar» (art. 60, código criminal de 1830). O parágrafo único do mesmo artigo ressaltava que «o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta [açoites]». A constituição de 1824, antes, em um dos incisos do artigo 179, já tinha abolido a pena de açoites «e todas as mais penas cruéis» (art. 179, inc. XIX), porém, o *caput* desse artigo tratava da «inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros». «Cidadãos» e «brasileiros»: dois critérios que se transformaram em obstáculos quase intransponíveis para os escravos. Escravidão e açoites: dois elementos que não se coadunavam muito bem com civilização.

Civilização é um neologismo que rapidamente caiu no gosto das elites cultas da época. Em português, o termo data do início

(2) *Manifesto de S. A R. O príncipe regente constitucional e defensor perpétuo do reino do Brasil aos povos deste reino*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1822, p. 3.

(3) Evidentemente, esse esquema de leitura se deixa levar excessivamente pelo texto frio do livro V das Ordenações, ignorando o modo de funcionamento específico do direito penal do Antigo Regime em que a ameaça de penas terríveis vinha acompanhada por uma grande flexibilidade no momento de aplicação, seja através da graça real, seja através do arbítrio judicial. Para essa abordagem alternativa sobre a ordem jurídico-penal do Antigo Regime, cf. A.M. HESPAÑHA, *Da "iustitia" à "disciplina". Textos, poder e política penal no Antigo Regime*, in *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*, organizado por António Manuel Hespanha, Lisboa, Calouste Gulbenkian, s/d, pp. 287-380.

do século XIX⁽⁴⁾. Em francês e em inglês, ele remonta a meados do século XVIII⁽⁵⁾. É evidente que a operação intelectual designada pela nova palavra não era totalmente inédita e se aproximava de várias maneiras de pares binários seculares, como bárbaro *versus* policiado, bárbaro *versus* civilizado, bárbaro *versus* cristão, e assim por diante. Por outro lado, a invenção não foi inócua, pois ela correspondia às necessidades iluministas de um termo para designar um determinado estágio de um processo no tempo. É o vínculo genético entre civilização e progresso. A proliferação do uso do termo também enriqueceu os seus possíveis significados: ele poderia ter objetivos descritivos ou avaliativos⁽⁶⁾; poderia servir para classificar outros grupos humanos⁽⁷⁾ ou para criticar a própria situação social, política, cultural, jurídica do ambiente de quem escreve⁽⁸⁾; e assim por diante. No caso brasileiro, era preciso civilizar os indígenas⁽⁹⁾ e os negros (nesse sentido, a escravi-

(4) Cf. J. FERES JÚNIOR, M.E.N. DE Sá, *Civilização*, in *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*, organizado por João Feres Júnior, Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2014², pp. 209-212 e L.F.S. LIMA, *Civil, civilidade, civilizar, civilização: usos, significados e tensões nos dicionários de língua portuguesa (1562-1831)*, in «Almanack. Guarulhos», 1º semestre de 2012, 3 p. 76.

(5) Cf. L. FEBVRE, *Civilisation. Évolution d'un mot et d'un groupe d'idées*, in *Civilisation — le mot et l'idée*, Paris, la Renaissance du livre, 1930, pp. 13-14; E. BENVENISTE, *Civilização — contribuição à história da palavra* [1954], in ID., *Problemas de linguística geral*, São Paulo, Editora Nacional e Editora da Universidade de São Paulo, 1976, p. 372 e ss.; M. SONENSCHER, *Barbarism and civilisation*, in *A companion to intellectual history*, edited by Richard Whatmore and Brian Young, West Sussex, Wiley Blackwell, 2016, p. 289.

(6) Cf. FEBVRE, *Civilisation*, cit.; J. FERES JÚNIOR, *O conceito de civilização. Uma análise transversal*, in *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*, organizado por João Feres Júnior, Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2014², pp. 424-426.

(7) O uso classificatório (em relação ao Outro) encontrou terreno propício nos discursos do direito internacional dos séculos XIX e XX. Sobre esse tema, cf. a síntese de L.O. TARAZONA, *The civilized and the uncivilized*, in *The Oxford handbook of the history of international law*, edited by Bardo Fassbender and Anne Peters, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 917-939. Para uma síntese a partir de alguns casos exemplares do século XIX, cf. A.R. DA SILVA JÚNIOR, *Civilização e barbárie na ciência do direito internacional: discursos e representações de conceitos entre os séculos XVI e XIX* [dissertação de mestrado], Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2015, pp. 107-150.

(8) Cf. J. STAROBINSKI, *A palavra “civilização”*, in ID., *As máscaras da civilização*,

ção, no juízo de alguns, tornava-se até certo ponto justificável⁽¹⁰⁾). Todavia, era preciso igualmente civilizar as instituições, em particular o direito penal, além de a escravidão enquanto tal também ter sido vista como uma mancha na civilização brasileira.

A historiografia já se debruçou várias vezes sobre o problema do caráter liberal-moderno do código criminal de 1830, e os dispositivos relativos aos escravos têm sido centrais para desatar esse nó teórico. Na compreensão das penas no Brasil imperial⁽¹¹⁾ ou

São Paulo, Companhia das Letras, 2001; SONENSCHER, *Barbarism and civilisation*, cit., p. 289.

⁽⁹⁾ FERES JÚNIOR, Sá, *Civilização*, cit., pp. 213-217.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*, p. 227.

⁽¹¹⁾ Sobre as lógicas penais diferenciadas para livres e escravos e as difíceis relações entre escravidão e o liberalismo penal, cf. Z. M. NETO, *Direito penal e estrutura social: comentário sociológico ao código criminal de 1830*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1977; G. NEDER, *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 2007²; M.L. DA SILVA, *O código criminal de 1830 e as idéias que não estão fora do lugar*, in *Histórias de violência crime e lei no Brasil*, organizado por Elizabeth Cancelli, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 2004, pp. 77-100; A. KOERNER, *Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil*, in «Lua Nova», 68 (2006), pp. 232-233; N. BATISTA, *Pena pública e escravismo*, in «Capítulo Criminológico», 34 (2006), 3, pp. 279-321; e, para uma síntese, cf. K. GRINBERG, *Castigos físicos e legislação*, in *Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos*, organizado por Lília Moritz Schwarcz e Flávio dos Santos Gomes, São Paulo, Companhia das Letras, 2018, pp. 144-148. Para um panorama amplo da legislação penal sobre os escravos, cf. E. DE MORAES, *A campanha abolicionista*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1924; L. NEQUETE, *Os açoites: castigo e pena*, in «Arquivos do Ministério da Justiça», 1987, 170, pp. 3-28; A. WEHLING, *O escravo ante a lei civil e penal no Império (1822-1871)*, in *Fundamentos de história do direito*, organizado por Antônio Carlos Wolkmer, Belo Horizonte, Del Rey, 2014⁸, pp. 501-524. Sobre a civilização da violência escravista como chave da construção do Estado brasileiro oitocentista, cf. A.K. BROWN, “A black mark on our legislation”: slavery, punishment, and the politics of death in nineteenth-century Brazil, in «Luso-Brazilian Review», 37 (2000), 2, pp. 95-121. Sobre textos de direito penal e mentalidade escravista, cf. J. MALERBA, *Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil*, Maringá, Editora da Universidade Estadual de Maringá, 1994, embora, como veremos, algumas de suas interpretações são questionáveis. Para uma leitura que tentou escapar da excessiva ênfase no vínculo código criminal de 1830 e escravismo, cf. V.C. COSTA, *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-independência* [dissertação de mestrado], São Paulo, Universidade de São Paulo, 2013.

mesmo na análise da escravidão em si⁽¹²⁾, os açoites (como pena pública ou como sanção doméstica) constituem uma passagem quase obrigatória. Nesse âmbito, já existem, inclusive, pesquisas que se debruçaram sobre a questão dos açoites no discurso político⁽¹³⁾. O objetivo desse trabalho, porém, aponta para discursos jurídicos. Em todo esse cenário historiográfico, pouco se aprofundou a própria literatura de direito penal, em especial os comentários ao código criminal de 1830 e artigos especializados publicados em revistas jurídicas. Dentre os trabalhos existentes sobre a abolição da pena de açoites, poucos aprofundaram o aspecto jurídico dos debates travados no parlamento⁽¹⁴⁾. Portanto, os anais do parlamento (e arredores) também serão abordados porque ainda me parece necessário, historiograficamente, colocar esses discursos lado a lado com a literatura tida como especificamente jurídica.

Por mais que consideremos que, no plano das instituições jurídicas, a diferenciação punitiva (legal, judicial ou policial) de

(12) Os dois trabalhos mais detalhados sobre os açoites no âmbito datado de debate sobre a suposta ‘benignidade’ da escravidão brasileira e que estão focados em inventariar violências são J.A. GOULART, *Da palmatória ao patíbulo: castigos de escravos no Brasil*, Rio de Janeiro, Conquista, 1971 e A. RAMOS, *Castigos de escravos*, in ID., *A aculturação negra no Brasil*, São Paulo, Editora Nacional, 1942, pp. 84-116. Uma síntese mais recente e arejada em C. MOURA, *Açoite*, in ID., *Dicionário da escravidão negra no Brasil*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2004, pp. 17-18.

(13) Cf. N.R.S.S. DE ASSIS, *Contra a pena de açoites: de como instruir os ricos e persuadir o trono*, in «Passagens: revista internacional de história política e cultura jurídica», 9 (jan.-abr. 2017), pp. 21-39.

(14) Cf. MORAES, *A campanha abolicionista*, cit.; R. CONRAD, *Os últimos anos da escravatura no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1978, pp. 287-289; BROWN, “A black mark on our legislation”, cit., pp. 110-111; J.D. NEEDELL, *Politics, parliament, and the penalty of the lash: the significance of the end of flogging in 1886*, in «Almanack. Guarulhos», 2012, 4, pp. 91-100; R. PIROLA, *O castigo senhorial e a abolição da pena de açoites no Brasil: justiça, imprensa e política no século XIX*, in «Revista História (São Paulo)», 2017, 176, pp. 1-34. A pesquisa que mais aprofundou o aspecto jurídico dos debates parlamentares sobre os açoites foi a de Liliam F. Brighente, confrontando-os com decisões judiciais anteriores a respeito dos açoites públicos e privados (L.F. BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil: um estudo a partir de Castro, Província do Paraná (1850-1888)* [tese de doutorado], Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2019, pp. 237-258).

acordo com os sujeitos em questão (escravos, pobres, dissidentes políticos, etc.) não seja incompatível com os princípios igualitários do direito penal moderno, é bem verdade que uma pena como o açoite instaura uma espécie de campo de tensão no imaginário jurídico oitocentista, pois ela desafiava, sim, certos padrões de civilização que estavam no horizonte projetual dos juristas da época. Civilizar o direito penal! Mas existem gêneros literários mais ou menos adequados para promover esse empenho de natureza, por assim dizer, política. O que veremos é que, na literatura jurídico-penal brasileira do século XIX, em princípio mais afeita a simplesmente determinar o modo de aplicar a lei vigente em função da prevalência da forma-comentário, a questão civilizacional mesmo assim se fazia sentir.

Metodologicamente, portanto, trata-se de perscrutar os gêneros (ou subgêneros) discursivos⁽¹⁵⁾ dos escritos sobre direito penal no Brasil oitocentista. O tema dos açoites, assim, é tomado como uma possível chave para determinar o modo de funcionamento desses textos, bem como o próprio significado de ser um jurista no Brasil do século XIX. Dessa forma, será pertinente experimentar no caso brasileiro a categoria historiográfica *penalistica civile* cunhada pelo historiador do direito Mario Sbriccoli para se referir a uma corrente importante de penalistas italianos do século XIX⁽¹⁶⁾. Até que ponto ela pode servir para o outro lado do Atlântico?

Entre 1830 e 1886, os juristas brasileiros foram compelidos pelo ordenamento jurídico vigente a tratar do tema dos açoites. Começamos, então, com a legislação com a qual a literatura jurídico-penal tinha que lidar.

(15) A expressão é inspirada em Mikhail Bakhtin, embora eu não tenha a pretensão de assumir toda a complexidade, em termos de teoria linguística, do conceito bakhtiniano (cf. M. BAKHTIN, *Os gêneros do discurso*, in ID., *Estética da criação verbal*, São Paulo, Martins Fontes, 1997², pp. 277-326).

(16) M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 493-590.

2. *Controle dos escravos: duplo nível de legalidade.*

a barbaridade, que sucedeu à romana, fez do direito de punir aplicação conforme à dureza de seus costumes, levando à tyrannia o sistema repressivo com o emprego de açoites, tortura, marca de ferro quente e mais penas cruéis. Beccaria e Filangieri foram os primeiros que á tal respeito grandes serviços fizeram á humanidade e á civilização. Nossa constituição em garantia dos direitos expressamente aboliu esses meios atrozes de descobrir e punir o crime, que alem de seus males naturaes, oppunham-se á reabilitação moral⁽¹⁷⁾.

Dessa maneira, o jurista Joaquim Rodrigues de Sousa fazia o elogio do já mencionado artigo 179 inciso XIX da constituição de 1824. Civilização, humanidade, iluminismo: o presente (e o futuro); barbaridade, penas cruéis, medievalidade: o passado. Sousa, porém, escrevendo na década de 1860, nem chegou a mencionar o artigo 60 do código criminal de 1830. Limitando-se ao comentário do texto constitucional, era mais fácil sustentar essa visão de história tão confiante nas «luzes» do próprio tempo. Mas os ordenamentos jurídicos modernos não são feitos somente dos belos princípios geralmente enunciados nas constituições.

Em 1827, o parlamento brasileiro quis rapidamente resolver o problema da codificação criminal prometida três anos antes. Já estava claro, contudo, que a abolição da escravidão no curto prazo não aconteceria. A hipótese de apartar todos os dispositivos relativos aos escravos em um «código negro» chegou a ser levantada, mas não vingou. Por outro lado, desde os primeiros projetos, o dispositivo que diferenciava as penas dos escravos já existia⁽¹⁸⁾ e, nas suas linhas gerais, passou incólume por todas as comissões e por todo o debate parlamentar.

A esta primeira exceção interna ao próprio código, cinco anos depois uma lei especial tornaria o regime penal dos escravos ainda mais excepcional. A tristemente famosa lei nº 4 de 10 de junho de

(17) J.R. DE SOUSA, *Analyse e commentario da Constituição politica do Imperio do Brazil, ou, theoria e pratica do governo constitucional brasileiro*, vol. 2, São Luiz, B. de Mattos, 1867, p. 463.

(18) COSTA, *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro*, cit., p. 106, pp. 118-120.

1835 previa a pena de morte para escravos que matassem ou ferissem gravemente os seus senhores, família e prepostos (art. 1^o). Nos casos de ferimentos leves, a pena seria de açoites (art. 1^a, § único). Todavia, esse parágrafo único só reiterava o que o artigo 60 do código já previa. Por essa razão, não vamos nos debruçar especificamente sobre essa lei⁽¹⁹⁾.

O artigo 14, § 6^o do código criminal de 1830 dispunha que:

Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle: [...] 6^o Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle, não seja contraria ás Leis em vigor.

Seriam os açoites domésticos contra escravos contrários às «leis em vigor»? Poderia o senhor aplicar privadamente uma sanção que o artigo 60 considerava uma pena pública? Embora existissem juízes que opuseram de maneira direta o código criminal ao velho costume dos açoites domésticos, tais disposições não bastaram para deslegitimar completamente esse poder dos senhores de escravos⁽²⁰⁾.

Por fim, temos, ainda, as posturas municipais. Tais normas previam comportamentos ilícitos em espaços mais restritos — o

⁽¹⁹⁾ Para um estudo muito completo sobre essa lei, cf. J.L. RIBEIRO, *No meio das galinhas as baratas não tem razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

⁽²⁰⁾ Sobre como o código criminal de 1830 através dos dois referidos dispositivos abriram essa possibilidade de enfrentamento em relação ao açoite privado contra os escravos, cf. BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., pp. 83-85, pp. 222-237, e, especialmente, pp. 224-237, em que a autora relata a paradigmática decisão do juiz Martins Pereira em 1874 em que ele considerou o açoite doméstico abolido em função dos artigos 60 e 14, §6 do código criminal, segundo Brighente, corretamente, mas que lhe custou um processo de responsabilidade com a acusação de «julgar ou proceder contra lei expressa» (artigo 160 do mesmo código criminal). Além disso, a equiparação na qualidade entre pena pública e castigo privado acabou permitindo curiosos intercâmbios. Sobre isso, cf. R.A. FERREIRA, *Crimes em comum. Escravidão e liberdade sob a pena do Estado imperial brasileiro (1830-1888)*, São Paulo, UNESP, 2011, p. 190 e Y. COSTA, *Entre civilizados e bárbaros. Transformações nas práticas de punição ao escravo no Maranhão do séc. XIX*, in *Anais do II Encontro Estadual de História: história e historiadores hoje*, São Luís, 2004, s/p.

município — embora não fossem propriamente crimes. Aqui, mais uma vez, encontramos os açoites contra escravos. Na década de 1830, por exemplo, as posturas do Rio de Janeiro consideravam ilícitas quaisquer desordens promovidas por escravos ou o simples ajuntamento de escravos em tabernas. Os senhores deveriam aplicar sobre esses cativos um determinado número de açoites de acordo com o caso, sob a ameaça de multa se não o fizessem⁽²¹⁾.

Por trás da tarefa aparentemente singela de compreender esse conjunto normativo, esconde-se um grave risco metodológico: fazer de uma narrativa sobre história do direito penal um mero inventário de sevícias. Em uma história contada dessa forma, o açoite seria um resquício de uma obscura época passada no seio de um direito penal moderno e liberal. Como não cair, em suma, no otimismo algo ingênuo dos próprios juristas oitocentistas?

Em um livro recente, na esteira de uma já abundante historiografia, Nilo Batista sentenciou: «definitivamente, as promessas liberais não poderiam cumprir-se numa sociedade escravista»⁽²²⁾. Na verdade, talvez devêssemos generalizar essa afirmação. Ou seja, parece-me mais correto inserir esse tipo de embate entre níveis de normatividade no interior das oscilações entre ordem e liberdade ínsitas ao paradigma liberal-moderno de direito penal não só no Brasil⁽²³⁾. Sobre a qualificação dos açoites como um resquício, é uma obviedade que tal pena, assim como várias outras, é muito antiga, mas isso não nos basta. O nosso desafio é como compreender historicamente uma punição como a de açoites no século XIX. Para tanto, parece-me necessário evitar uma visão idealizada do

(21) *Posturas*, in «Diário do Rio de Janeiro», 10 de abril de 1835, 9. Outros exemplos de posturas municipais que previam açoites ou que exigiam que os açoites fossem aplicados pelos senhores em BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., pp. 268-277. Para uma análise desses diversos níveis da legislação penal escravista, cf. também BATISTA, *Pena pública e escravismo*, cit.

(22) N. BATISTA, *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*, Rio de Janeiro, Revan, 2016, p. 37.

(23) Sobre a tensão entre demandas por ordem e liberdade como elementos intrínsecos à modernidade jurídico-penal, cf. SBRICCOLI, *Penalistica civile*, cit. e L. LACCHÈ, “*Alzate l’architrate, carpentieri*”. *I livelli della legalità penale e le “crisi” tra Otto e Novecento*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di Claudia Storti, Torino, Giappichelli, 2016, p. 193.

moderno, ou seja, evitar pressupor que a violência corporal do açoite seria por si só incoerente com os ordenamentos jurídicos imaginados à luz de Beccarias ou Filangieris.

Nesse sentido, parece-me útil lançar mão do conceito de duplo nível de legalidade de Mario Sbriccoli⁽²⁴⁾. Segundo tal perspectiva, o direito penal moderno não é feito somente dos bonitos princípios que bem conhecemos, como a igualdade, a proporcionalidade das penas e assim por diante. Tais diretrizes realmente estão presentes nos novos códigos penais, porém, ao lado delas, são instaurados diferentes níveis de respeito às garantias individuais contra o exercício do poder punitivo do Estado em função do tipo de crime, mas, também, dos sujeitos envolvidos (no nosso caso, escravos). Diferenciações que se fazem, às vezes, no interior da própria legislação: eu penso na enunciação de determinadas garantias na constituição e nos códigos penais e a relativização delas em outras leis externas (no nosso caso, a lei de 1835 ou as posturas municipais) ou mesmo no interior do próprio código (que é o que vemos no caso dos açoites do código de 1830)⁽²⁵⁾. Relativizações que operam, também, em outros níveis da justiça criminal, como o judiciário e a polícia. Evidentemente, um dispositivo geral que modificava grande parte das penas estipuladas na parte especial do código se o acusado fosse escravo era uma relativização bastante eloquente de um princípio considerado estruturante das codificações modernas: a ideia de sujeito de direito único e abstrato⁽²⁶⁾. De qualquer forma, a noção de duplo nível de legalidade nos permite pensar o artigo 60 do código de 1830 como um caso extremo, e não como um ponto fora da curva⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., pp. 592-595.

⁽²⁵⁾ R. SONTAG, “*Curar todas as moléstias com um único medicamento*”: os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890), in «Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro», 177 (2016), pp. 58-59.

⁽²⁶⁾ Para uma abordagem das codificações modernas que enfatiza esse aspecto, cf. G. TARELLO, *Ideologias setecentistas da codificação e estrutura dos códigos*, in «Meritum», 3 (2008), 2, pp. 5-31.

⁽²⁷⁾ Sobre a exceção como parte da construção do direito penal moderno, em que ela se torna expressão de «emergência», diferentemente do que acontecia no di-

Os açoites como pena estampada no próprio código que deveria ser um símbolo de modernidade e civilização era um desafio pungente que se colocava para os nossos juristas. Começemos por um dado fundamental: o artigo 60 previa uma pena pública. O aparato de punições de um Estado é parte da sua face institucional (que se pretendia civilizada). Além disso, era uma pena prevista no código, ou seja, uma passagem incontornável para a literatura de comentário que predominou na cultura jurídico-penal brasileira oitocentista. Seria possível passar pelo artigo 60 sem que o empenho cívico de um jurista que se pretendia moderno fosse despertado, mesmo que seus ouvidos estivessem protegidos por um gênero do discurso, em princípio, mais afeito à simples determinação do modo de aplicar o direito vigente?

3. *Civilizar o direito penal? Os juristas e a questão da pena de açoites.*

Em teoria, os processos de codificação do direito, típicos da modernidade, tenderiam a produzir uma ciência jurídica exegética, fechada, centrada em determinar simplesmente como aplicar a lei do Estado⁽²⁸⁾, pelo menos quando estivéssemos diante de códigos nacionais unitários. Na Itália, o primeiro código penal unitário só veio à luz em 1889. Até então, de fato, diante da multiplicidade de códigos da península itálica, desenvolveu-se uma *penalística civile*, para usar a conceituação de Sbriccoli. A expressão remete a dois importantes elementos da cultura jurídico-penal italiana oito-

reito jurisprudencial do *ius commune*, em que ela expressava a «extraordinariedade», cf. M. MECCARELLI, *Regimes jurídicos de exceção e sistema penal: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea*, in *História do direito penal entre meio e modernidade*, cit., pp. 89-90. Sobre o caso brasileiro, nessa linha de interpretação, cf. SONTAG, “*Curar todas as moléstias com um único medicamento*”, cit., p. 59 e D. NUNES, R. SONTAG, *The restless national security acts: the absence of crimes against national security in the 1940 Brazilian penal code*, in *Ideology and criminal law: fascist, national socialist and authoritarian regimes*, edited by Stephen Skinner, Oxford, Hart, 2019, pp. 325-326.

⁽²⁸⁾ Sobre isso, cf. as instigantes páginas de P. GROSSI, *Mitologias jurídicas da modernidade*, Florianópolis, Boiteux, 2007².

centista: i) a formação, em meados do século XIX, de uma verdadeira penalística, isto é, o aparecimento de juristas que se dedicavam precipuamente ao direito penal, que não eram filósofos com interesse em direito penal e que não eram juristas enciclopédicos com interesse esporádico no direito penal; ii) a formação, também em meados do século XIX, de uma corrente de penalistas cuja produção bibliográfica girava em torno da necessidade de civilizar o direito penal, em que as escolhas técnicas eram analisadas como possíveis avanços ou retrocessos civilizacionais para a sociedade como um todo. Uma abordagem, em suma, que não se limitava a fazer a exegese aplicacionista da lei vigente. A preocupação fundamental era avaliar a legislação existente tendo em vista o que se considerava civilizado.

Experimentemos, então, colocar o conceito de penalística civil em fricção com o caso brasileiro para testar os seus limites.

Penalística. No Brasil, o modelo predominante de jurista durante todo o século XIX — e ainda em parte do século XX — era enciclopédico⁽²⁹⁾. Não por acaso, pouquíssimos juristas brasileiros oitocentistas se dedicaram a escrever exclusivamente (ou quase) sobre direito penal. Uma primeira exceção à regra é João Vieira de Araújo, que começa a publicar a partir dos anos 1870. Mas ele continuará sendo uma exceção por um bom tempo ainda⁽³⁰⁾. O mais comum era o penalista de um livro só (seja por não possuir outras obras, seja porque as outras se inserem em outras áreas).

Civismo. A pena de açoites, de fato, colocava delicadas questões civilizacionais. Mas, ao contrário dos juristas italianos, os brasileiros tinham diante de si, desde 1830, um código unitário de prestígio, considerado bastante moderno e liberal (e, em vários aspectos, ele realmente era bastante moderno e liberal). A maioria

⁽²⁹⁾ Cf. S. ADORNO, *Os aprendizes do poder — o bacharelismo liberal na política brasileira*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988; A. VENÂNCIO FILHO, *Das Arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*, São Paulo, Perspectiva, 2004; e R.M. FONSECA, *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*, in «Quaderni fiorentini», 35 (2006), pp. 339-372.

⁽³⁰⁾ Sobre João Vieira e esse traço da sua produção intelectual, cf. R. SONTAG, «Código criminológico»? *Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899)*, Rio de Janeiro, Revan, 2014, pp. 14-128.

dos poucos livros brasileiros de direito penal no período que estamos estudando são comentários ao código penal de 1830. Apesar de alguns terem evitado o assunto, a questão dos açoites era demasiado grave para que fosse completamente ignorada.

Qual foi, então, a atitude dos juristas brasileiros oitocentistas diante da pena de açoites?

Ambiguidade talvez seja uma boa palavra para responder a essa pergunta. Por um lado, tal pena era vista, de fato, como algo pouco aclimatado aos padrões civilizatórios que esses juristas desejavam instaurar. Da mesma forma, é muito comum encontrar críticas ao instituto da escravidão, mesmo em textos como esses que são de direito penal, e não de direito civil. Vários se lamentavam da existência do regime servil e da pena de açoites. Se abolir a escravidão não é uma questão de direito penal, mas de direito civil (no máximo, constitucional), colocava-se um problema ulterior: é possível pensar a escravidão desacompanhada da pena de açoites? Para esses nossos juristas, na grande maioria dos casos, a resposta é não. Eis aqui, portanto, toda a ambiguidade: praticamente todos fazem questão de lamentar a existência de escravos, mas, em uma sociedade — ainda — escravista, não seria possível abrir mão da pena de açoites.

No primeiro comentário ao código de 1830, publicado em 1831, José Anastácio Falcão⁽³¹⁾ critica várias penas, em particular a de morte, mas ignora solenemente os açoites, apesar de se declarar contrário ao instituto da escravidão. O mesmo aconteceria, mais tarde, no livro «Codigo Penal do Imperio do Brasil, com observações sobre alguns de seus artigos pelo doutor Manoel Mendes da Cunha Azevedo» de 1851. O livro de Azevedo⁽³²⁾ é um comentário ao código criminal de 1830 (na verdade, somente aos 66 primeiros artigos), cujo sentido de publicar, aparentemente, estava nos juízos críticos do autor sobre «alguns de seus artigos», e não tanto na exegese aplicativa, assim como no caso da primeira

(31) J.A. FALCÃO, *Analyse do código criminal do Imperio do Brasil*, 1831.

(32) M.M. DA C. AZEVEDO, *Código Penal do Imperio do Brasil, com observações sobre alguns de seus artigos* [...], Recife, Typographia commercial de Meira Henriques, 1851.

obra mencionada. Em suma, dois silêncios dignos de nota. Já outros parecem ter calado em virtude da proposta do gênero discursivo comentário, que foi tomado de maneira muito estrita, isto é, quando o comentário se limitava à menção de decisões judiciais ou leis correlatas⁽³³⁾.

Em 1832, dois estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo — Sousa Pinto e Azambuja — publicam uma resposta ao texto de Falcão. Eles também consideram a escravidão em si um mal que privou certos indivíduos «do dom mais apreciável com que a Natureza mimoseou a todos os indivíduos da espécie humana» e que «o tráfico da escravatura insulta a Natureza, ofende e envergonha a humanidade»⁽³⁴⁾. A pena de açoites, por sua vez, é uma pena «ímoral» e que «corrompe» os indivíduos⁽³⁵⁾. Porém, logo adiante eles complementam: «não se pode propriamente dizer que esta disposição» — eles se referiam ao artigo sobre açoites do código —

está em oposição com a Constituição, no tit. 8, art. 179, §19; por isso que o art. 179 apresenta as devidas garantias aos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, a cujo número ninguém ousará dizer que pertencem os Africanos, que vivem no Brasil sob o jugo da escravidão⁽³⁶⁾.

As «anotações» de Braz Florentino Henriques de Souza de 1858 — já com um caráter bem mais técnico-aplicativo — são todas muito sucintas, e, na parte que nos interessa, ele se limita a di-

⁽³³⁾ Um bom exemplo é o livro de A.L.F. Tinôco, que, no comentário ao artigo 60, traz somente questões técnicas, jurisprudência, consultas sobre conflito de competência, e coisas desse tipo. Porém, o livro foi publicado no fatídico, como veremos, ano de 1886 e o prefaciador — o desembargador d'Aquino e Castro — fez questão de mencionar os açoites: «o código ainda contém em suas páginas a monstruosa pena de morte, os bárbaros açoites e aviltantes galés, e tanto basta para que não possa mais sustentar a qualificação que lhe foi dada em época remota de última expressão da penalidade moderna» (A.L.F. TINÔCO, *Código criminal do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, Imprensa Industrial, 1886, p. III).

⁽³⁴⁾ J.M.F. DE SOUSA, B.A. AZAMBUJA, *O código criminal explicado ou analyse jurídica e philosophica da carta de lei de 16 de dezembro de 1830 Parte primeira*, Rio de Janeiro, Typographia De Guettler, 1832, pp. 262-263.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, p. 274.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 313.

zer: « não obsta a estas disposições » — sobre açoites para escravos — « o parágrafo 19 do art. 179 da Constituição, porque os escravos achão-se fora d'ella »⁽³⁷⁾. Nem por isso podemos deduzir que ele tinha posições univocamente escravistas. Brás Florentino chegou, inclusive, a traduzir um livro do famoso abolicionista francês Gustave Molinari. A introdução escrita pelo nosso tradutor, por sua vez, também é um verdadeiro libelo contra a escravidão. O trabalho livre, segundo ele, seria muito mais útil para o desenvolvimento econômico do país, e, além disso, tratava-se de um regime « condenado pela religião e pela philosophia, como contrario á natureza do homem »⁽³⁸⁾.

« Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal »: as « anotações práticas » tornaram a parte técnico-aplicativa deste livro de Thomaz Alves Júnior publicado pela primeira vez em 1864 mais densa. Porém, existiam as « anotações theoricas » que abarcavam os trechos em que ele pretendia fazer com que « os legisladores do paiz pensem no meio de remediar defeitos e preencher lacunas que a lei penal offerece »⁽³⁹⁾. Para Alves Júnior, a escravidão em si era um instituto « contradictorio e repugnante com o pensamento do Creador, que de certo no seu fiat não estabeleceu essa linha divisoria »⁽⁴⁰⁾. Porém, a existência do regime servil tornava os açoites uma triste necessidade⁽⁴¹⁾. Citando a famosíssima passagem da introdução da « Consolidação das Leis Civis » (1857) do civilista Teixeira de Freitas, ele dizia que os açoites deveriam constar « nas páginas do livro negro », e não em um código⁽⁴²⁾. Alves Júnior também não hesitou em criticar o largo arbítrio deixado

(37) B.F.H. DE SOUZA, *Código criminal do Imperio do Brasil anotado nova edição*, Recife, Typographia Universal, 1858, p. 32.

(38) B.F.H. DE SOUZA, *Prefácio*, in G. MOLINARI, *Da abolição da escravidão*, Recife, Typographia de M.F. de Faria, 1854, p. V.

(39) T. ALVES JÚNIOR, *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal Tomo I*, Rio de Janeiro, Francisco Luiz Pinto, 1864, p. 9.

(40) *Ibid.*, p. 120.

(41) *Ibid.*, pp. 120-121, pp. 621-622.

(42) *Ibid.*, p. 121. Sobre a noção de código negro em Teixeira de Freitas, cf. E.S. PENNA, *Um romanista entre a escravidão e a liberdade*, in « Afro-Ásia », 18 (1996), pp. 33-75 e R. SONTAG, « Código negro ». *Reverberações de Teixeira de Freitas entre os penalistas brasileiros do século XIX*, in *Teixeira de Freitas e o direito civil. Estudos em*

ao juiz na determinação da quantidade e do tipo de instrumentos para a execução dos açoites⁽⁴³⁾, denunciando, ainda, as mortes ocorridas quando da sua aplicação, mesmo com o limite legal de cinquenta golpes diários⁽⁴⁴⁾. Apesar do argumento da necessidade dos açoites, Alves Júnior estava longe de ser um «ideal-tipo de mentalidade escravista», como quis o historiador Jurandir Malerba⁽⁴⁵⁾. Ou seja, não podemos desconsiderar o posicionamento cristão antiescravista que o nosso jurista fez questão de expressar mesmo em um texto de direito penal⁽⁴⁶⁾.

O fato da escravidão «desculpava» o legislador de 1830, segundo Alves Júnior. Pelo menos, diferentemente das velhas Ordenações, já não se cominava esse tipo de pena para homens livres⁽⁴⁷⁾. O código da Baviera de 1813 — «código de uma nação livre» — estabelecia o açoite para sujeitos que não eram escravos (art. 25) em quinze casos como pena principal. Por isso, tranquilizava-se Alves Júnior (sem calcular que a quantidade de cominações do infame castigo corporal da lei brasileira em virtude do artigo 60 certamente pesava muito mais no conjunto do sistema) dizendo que: «não nos devemos envergonhar de ter na escala de nossa penalidade os açoites»⁽⁴⁸⁾.

homenagem ao bicentenário, organizado por G.B. Soares Roberto, Belo Horizonte, Inítia Via, 2017, pp. 205-221.

⁽⁴³⁾ ALVES JÚNIOR, *Anotações*, cit., p. 120, pp. 622-623.

⁽⁴⁴⁾ *Ibid.*, cit., pp. 120-121, p. 622.

⁽⁴⁵⁾ MALERBA, *Os brancos da lei*, cit., p. 40.

⁽⁴⁶⁾ SONTAG, “*Curar todas as moléstias com um único medicamento*”, cit., p. 59, nota 19.

⁽⁴⁷⁾ ALVES JÚNIOR, *Anotações*, cit., p. 121.

⁽⁴⁸⁾ T. ALVES JÚNIOR, *Anotações theoricas e praticas ao código criminal segunda parte tomo I*, Rio de Janeiro, Garnier, 1886², p. 844. Na primeira edição do «Anotações», já havia referência ao código da Baviera, mas, na segunda, revista e aumentada, esse trecho ficou mais extenso e é onde se percebe mais claramente a lógica da «desculpa». As informações a respeito do código da Baviera, Alves Júnior hauriu da tradução e dos comentários em francês de CH. VATEL, *Code pénal du royaume de Bavière traduit de l'allemande, avec des explications tirées du commentaire officiel (Exposé des motifs) et un appendice [...]*, Paris, Auguste Durand, 1852, pp. 54-55. Na introdução, Vatel também comentou esse traço do código da Baviera, dizendo que ele era superior ao francês na escolha das penas, mas «le châtiment corporel figure dans le catalogue pénal et quoique son application soit fort restreinte [...] et répugne moins aux

A transcrição das aulas de Manoel Dias de Toledo na faculdade de Direito de São Paulo ainda insistia na duplicidade que já identificamos: ele fazia questão de expressar que a escravidão era um fato lamentável, mas a existência desse fato tornava necessária a pena de açoites, a única capaz de intimidar os escravos. Apesar das duras palavras que Toledo reservava ao regime escravista — «maldito seja aquelle [...] que depois de mil annos de igualdade, introduzio a escravidão»; a «escravidão é uma luta entre oppressores e opprimidos» — as penas carcerárias (e também a de trabalhos forçados), segundo ele, melhorariam a vida do escravo, logo, seriam inadequadas. Até mesmo a pena de morte não seria capaz de intimidar os escravos porque «todos elles [os «africanos»] acreditam na metempsychose ou transmigração das almas, e frequentemente se suicidam»⁽⁴⁹⁾.

Algo semelhante se verifica no denso conjunto de artigos «A questão penitenciária» de António Herculano Bandeira Filho, publicado em 1881. Para ele, o regime penal excepcional dos escravos — inclusive os açoites — deveria ser apartado da legislação comum. A manutenção do bárbaro castigo corporal fundava-se, mais uma vez, na «necessidade»:

si a lei consagrou o primeiro absurdo, a escravidão, é forçoso convir nos absurdos indispensáveis para manter a instituição legal. Felizmente para nós já menos escuro se mostra o horizonte do futuro, e parece que dentro de limitado número de annos serão livres todos os brasileiros, e escusados os rigores penaes⁽⁵⁰⁾.

«Menos escuro se mostra o horizonte do futuro»: de fato, na década de 1880, o movimento pela abolição da escravidão já era forte⁽⁵¹⁾. Um país feito somente de sujeitos juridicamente livres já

mœurs germaniques qu'aux nôtres, on ne peut s'empêcher de voir là une tache d'autant plus fâcheuse qu'elle s'est propagée dans les codes ultérieurs de l'Allemagne» (VATEL, *Code pénal du royaume de Bavière*, cit., p. XXXIII).

⁽⁴⁹⁾ M.D. DE TOLEDO, *Lições académicas sobre artigos do código criminal*, Rio de Janeiro, Garnier, 1878², pp. 633-635.

⁽⁵⁰⁾ A.H. DE S. BANDEIRA FILHO, *A questão penitenciária no Brazil*, in «O Direito: revista mensal de doutrina, legislação e jurisprudência», 25 (mai.-ago. 1881), p. 195.

⁽⁵¹⁾ Para sínteses recentes sobre o tema cf. A. ALONSO, *Processos políticos da*

não parecia tão distante assim. Enquanto isso, não haveria nada a fazer senão aceitar a violência legalizada dos açoites, pois, por outro lado, «para o homem civilizado, o temor de uma disciplina longa, monótona, reservada aos criminosos é bastante; para os menos civilizados, será preciso recorrer aos castigos corporaes e à morte»⁽⁵²⁾. Tudo era uma questão de graus de civilização: seja para alcançar um aparato institucional digno, seja para escolher as penas necessárias em determinado momento para certas populações...

Vejamos a partir de agora um segundo tipo de abordagem, que tende a enfatizar mais a exigência de abolir esse tipo de pena em nome da civilização.

O livro «A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social» de Agostinho Marques Perdigão Malheiro, publicado em 1866, é um caso particular. Em primeiro lugar, pelo autor, que era um conhecido personagem do processo de abolição da escravidão no Brasil⁽⁵³⁾; em segundo lugar, pelas características do próprio livro, que representava um gênero literário-jurídico à parte, vinculado especificamente à existência do «elemento servil» no nosso direito.

Para Malheiro, a «legislação excepcional contra o escravo» — incluindo a pena de açoites — «carece de reforma» porque «nem estão de acordo com os princípios da ciência, nem esse excesso de rigor tem produzido os efeitos que dele se esperavam». A tão desejada diminuição da criminalidade, segundo ele, só acontecerá

à proporção que os costumes se forem modificando em bem do mísero escravo, tornando-lhe mais suportável ou menos intolerável o cativo, e finalmente abolindo-se a escravidão. Esta mancha negra da nossa sociedade es-

abolição, in *Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos*, cit., pp. 358-364 e H. MATTOS, C.R.A. DOS SANTOS, *Abolicionismo*, in *Dicionário do Brasil Imperial*, organizado por Ronaldo Vainfas, Rio de Janeiro, Objetiva, 2002, pp. 19-20.

⁽⁵²⁾ BANDEIRA FILHO, *A questão penitenciária no Brasil*, cit., p. 33.

⁽⁵³⁾ Sobre Perdigão Malheiro, cf. M.A.D. PAES, *Perdigão Malheiro e a escravidão no Brasil*, in «Revista do CAAP», 2010, 2, pp. 81-92 e R.B. SANTANA, *Caminhos para a liberdade: Perdigão Malheiro e o problema da escravidão nas linguagens do ideário político e antiescravista, 1863-1872* [tese de doutorado], Ouro Preto, Universidade Federal de Ouro Preto, 2018.

tendeu-se à legislação, e denegriu algumas de suas páginas, quando sem isto o nosso Código Penal é um dos mais perfeitos dos tempos modernos.

Em suma, uma pena «improfícua [...], imoral, ofensiva do pudor [...], bárbara, enfim, podendo conduzir à morte» — o que realmente acontecia — «contra a manifesta intenção do legislador»⁽⁵⁴⁾. Aqui já podemos entrever o encontro entre o «empenho cívico» de direito civil pela abolição da escravidão e o «empenho cívico» de direito penal contra penas «bárbaras» (potencializado pelo primeiro)⁽⁵⁵⁾.

Um dos textos jurídicos mais virulentos contra a pena de açoites é o artigo publicado na *Gazeta Jurídica* em 1874 por Carlos Perdigão intitulado «A pena infamante de açoites». Segundo ele, tal punição seria «radicalmente inconciliável» com uma «sociedade civilizada». Além disso, o contraste entre a constituição de 1824 e a legislação ordinária era patente:

o Codigo Criminal, apesar do eloquente protesto da Constituição [...], por uma disposição do seu art. 60, disposição a mais opposta ao seu generoso fim, quer familiarisar a sociedade com a vista da infamia de uma pena, e prescreve o açoite ao escravo, quando a pena não fôr a capital ou a de galés e, o que é mais antipathico, deixa tudo ao arbitrio do juiz!

E a «necessidade» diante da existência da escravidão? Perdigão afasta tal argumento mostrando que essa pena era contrária mesmo à ideia — já consagrada na época — de emancipação gradual, denunciando, inclusive, a contradição entre os açoites e os objetivos da famosa lei do ventre livre de setembro de 1871 (cujo objetivo central era, de fato, promover a emancipação gradual garantindo que os filhos de ventre escravo já não acompanhariam a

⁽⁵⁴⁾ A.M.P. MALHEIRO, *A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social. Parte 1ª (jurídica). Direito sobre os escravos e os libertos* [1866], Ebooks Brasil, 2008, pp. 30-32.

⁽⁵⁵⁾ Sobre a produtividade historiográfica de abordar esse encontro entre empenhos cívicos de áreas distintas no direito brasileiro imperial já tinha chamado a atenção A. DAL RI JÚNIOR, *La storiografia giuridica brasiliana letta attraverso l'esperienza storiografica penale: note per la consolidazione di una disciplina*, in *Storia e diritto: esperienze a confronto*, Atti del Convegno, Firenze, 18-19 ottobre 2012, a cura di B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 159-160.

condição servil da mãe). A pena de açoites seria um «insuperável obstáculo à emenda do culpado escravo e à sua classificação na sociedade!». À infâmia do delito não deveria ser acrescida uma pena infamante, vista como um inaceitável anacronismo.

Antigas tradições, de fato, vinculavam a infâmia aos açoites⁽⁵⁶⁾. Na sociedade hierárquica medieval, um nobre não poderia ser açoitado. As famosas Ordenações Filipinas mantiveram esse uso. A partir de meados do século XVIII, a infâmia entendida como restrição de determinados direitos ou como qualidade de certas penas passou por severos questionamentos⁽⁵⁷⁾: seria possível aceitar tamanho ostracismo produzido pela própria justiça criminal?

Para o nosso Carlos Perdigão, o bom exemplo era o código penal espanhol de 1848 que, em seu artigo 23, declarara expressamente que não haveria penas infamantes⁽⁵⁸⁾. No entanto, o caminho que levou a esse artigo foi acidentado⁽⁵⁹⁾ e, mesmo assim, tal-

⁽⁵⁶⁾ Sobre o vínculo entre açoites e infâmia na Idade Média, cf. A. MASFERRER, *La pena de infamia en el derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 93; A. BETTONI, *Fama, shame punishment and metamorphoses in criminal justice (fourteenth — seventeenth centuries)*, in «Forum historiae iuris», 24. März 2010, §33, 35; F. MIGLIORINO, *Iniuria e infamia — indagine sulla dottrina giuridica medievale*, in *Persönlichkeitsrecht und Persönlichkeit des Rechts. Gedächtnisschrift für Heinz Hübner (1914-2006)*, organizado por Christoph Becker, Berlin, LIT Verlag, 2016, p. 151, 157. Para o Antigo Regime, a situação é um pouco mais complicada, pois, alguns juristas achavam que o estigma social do açoite não importava em infâmia de direito (BETTONI, *Fama, shame punishment and metamorphoses in criminal justice*, cit., §54, 55). Os dispositivos que excluía nobres de certas penas mostram, por outro lado, que isso não quer dizer que a ordem jurídico-penal do Antigo Regime desconhecesse os efeitos, por assim dizer, socialmente estigmatizantes de determinadas penas.

⁽⁵⁷⁾ MASFERRER, *La pena de infamia en el derecho histórico español*, cit., p. 34; M. PORRET, *Atténuer le mal de l'infamie: le réformisme conservateur de Pierre-François Muyart de Vouglans*, in «Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies», 4 (2000), 2, p. 98; ID., *La cicatrice pénale. Doctrine, pratiques et critique de la marque d'infamie*, in «Sens-dessous», 1 (2012), 10, p. 52.

⁽⁵⁸⁾ «Art. 23. La ley no reconoce pena alguna infamante». O comentador espanhol Joaquín Francisco Pacheco traz alguns exemplos de códigos do século XIX que adotavam essa doutrina e que não adotavam (nesta última categoria, estava o código francês de 1810) e faz uma crítica às penas infamantes por marcar simbolicamente o condenado, construindo um indesejável muro entre ele e a sociedade (J.F. PACHECO,

vez Perdigão tivesse uma visão um pouco idealizada do exemplo espanhol. O primeiro código moderno da Espanha de 1822 era pródigo no emprego da infâmia⁽⁶⁰⁾. Vários juristas pensavam, efetivamente, que atingir a honra era um instrumento que a justiça criminal tinha que lançar mão em nome, também, de princípios caros ao próprio iluminismo moderno, como a prevenção geral⁽⁶¹⁾. Ademais, apesar da declaração de princípio do artigo 23 sobre a abolição das penas infamantes do código espanhol de 1848, no decorrer do seu articulado é possível perceber que tais expedientes não tinham sido completamente abandonados⁽⁶²⁾.

De qualquer forma, foi determinada imagem da realidade legislativa espanhola que balizou a argumentação do jurista brasileiro. Em função do exemplo estrangeiro e da inaceitável exclusão que o açoite produziria, Perdigão clamava para que ele fosse abolido imediatamente, «afim de que, livre um dia do captiveiro, [...] [o ex-escravo] possa, sem incorrer [...] no ridículo publico, tomar um dia humildemente o seu lugar no meio da grande família humana!». Enfim, a abolição dos açoites — e da escravidão — permitiria que o Brasil dissesse ao «mundo admirado»: «já não somos a exceção única á civilização christã!»⁽⁶³⁾.

Um nó inextrincável estava a se formar entre o empenho pela abolição da escravidão e pela revogação dos açoites.

Antes de seguir, alguns dados adicionais do nosso interesse sobre o artigo de Perdigão que acabamos de ver. Antes de começar o libelo contra os açoites, o texto faz referência a um aviso do Ministério da Justiça esclarecendo que a existência de um pedido de graça pendente de decisão não importava em suspensão da aplica-

El código penal concordado y comentado [...] tomo I, Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1881⁵, pp. 303-307).

⁽⁵⁹⁾ Cf. MASFERRER, *La pena de infamia en el derecho histórico español*, cit., p. 385 e ss.

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.*, p. 381.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.*, p. 378, 387.

⁽⁶²⁾ Cf. PACHECO, *El código penal concordado y comentado*, cit., pp. 306-307; MASFERRER, *La pena de infamia en el derecho histórico español*, cit., p. 388.

⁽⁶³⁾ C. PERDIGÃO, *A pena infamante de açoites*, in «Gazeta Jurídica: revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação», 4 (jul. 1874), pp. 442-446, grifo meu.

ção dos açoites (afinal, muitas vezes o réu não recebia todos os golpes de uma vez só, podendo a execução da pena se estender por vários dias). Uma situação que o «instincto generoso do povo não póde comprehender», mas «desgraçadamente», segundo Perdigão, era a decisão mais correta juridicamente⁽⁶⁴⁾. Entretanto, o nosso autor não continuou com esse argumento na forma de uma espécie de parecer, como era bastante comum nas revistas da época: ele logo deixou de lado essa linha de raciocínio para entrar na severa crítica à pena de açoites enquanto tal. Em 1879, esse pequeno texto de Perdigão seria republicado na «Revista Brasileira», que era um periódico de circulação mais ampla e que publicava artigos sobre os mais variados temas, desde gramática da língua portuguesa até história do Brasil, passando pelas artes e, também, pelo direito⁽⁶⁵⁾. O tema dos açoites (e da sua abolição) precisava circular, pelo menos entre a elite iluminada do país, para além das tecnicidades. Inclusive, mais tarde, em 1882, Carlos Perdigão reproduziu integralmente o seu libelo contra a pena infamante no seu «Manual do código penal brasileiro»⁽⁶⁶⁾, que foi lido pelo já mencionado Thomaz Alves Júnior.

Na segunda edição do «Anotações theoricas e praticas ao código criminal», que veio a lume em 1886, depois de transcrever inteiramente o trecho sobre os açoites que já analisamos, Alves Júnior arrematou dizendo: «eis o que escrevíamos e anotávamos em 1864. Nunca pensamos que vinte e um annos depois ainda encontrássemos em vigor o art. 60, que devêra ter sido revogado, como abolida devêra ser a escravidão que lhe dá causa»⁽⁶⁷⁾. Essa demora na resolução da «questão servil», para ele, seria um «crime». E, mais uma vez, encontramos várias páginas em um livro de direito penal esgrimindo razões sobre um tema que, em tese, não era propriamente penalístico, isto é, sobre a escravidão em si. O tradicional argumento de que a escravização seria legi-

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, pp. 441-442.

⁽⁶⁵⁾ C. PERDIGÃO, *A pena de açoites*, in «Revista Brasileira», 2 (out.-dez. 1879), pp. 14-19.

⁽⁶⁶⁾ C. PERDIGÃO, *Manual do código penal brasileiro Tomo primeiro*, Rio de Janeiro, Garnier, 1882.

⁽⁶⁷⁾ ALVES JÚNIOR, *Anotações*, 1886², cit., p. 845.

tima porque os negros seriam presas de guerra, segundo Alves Júnior, já não servia porque as «leis internacionais» já não o permitiriam. Isto é, mesmo aos vencidos em uma guerra era devido o «respeito a sua personalidade». Portanto, os escravos no Brasil seriam fruto unicamente de um ato criminoso: o tráfico⁽⁶⁸⁾. O que eram, então, essas tais «leis internacionais»? Na década de 1880, ainda não eram tratados internacionais multilaterais, que só apareceriam a partir de 1899 com as Convenções de Haia (no nosso caso especificamente, a convenção III sobre leis e costumes da guerra terrestre de 29 de julho de 1899, artigos 4 a 20). Antes disso, o que existiam eram juristas defendendo que era juridicamente inadmissível escravizar os vencidos em uma guerra e alguns acordos bilaterais⁽⁶⁹⁾. Voltando especificamente aos açoites, Thomaz Alves Júnior desfaz — talvez um pouco tardiamente — boa parte da ambiguidade presente no seu livro de 1864⁽⁷⁰⁾. Nessa edição de 1886, já não haveria mais condição social específica — a existência do «elemento servil» — capaz de justificar esse tipo de pena. Qualquer que fosse a desigualdade entre os sujeitos, «o açoite é incompatível com o direito da pessoa, e o escravo moralmente jamais pôde perder esse caracter [...]. Então quando mesmo permaneça escravo, elle não justifica a pena de açoites». Logo na sequência, ele cita exatamente a parte final do texto de Perdígão — na versão publicada no «Manual» — sobre a incompatibilidade entre os açoites e uma civilização que se pretendia cristã⁽⁷¹⁾.

(68) *Ibidem*. Sobre o tráfico de escravos no direito internacional da época, cf. C. STORTI, *Economia (e costume) versus liberdade. Questões de direito sobre o tráfico de escravos no século XIX*, in «Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais», jan.-jun. 2018, 72, pp. 665-713.

(69) Cf., por exemplo, E. DE VATTEL, *O direito das gentes* [1758] [...], Ijuí, Editora Unijuí, 2008, pp. 761-762, livro III, §152). Lassa Oppenheim, em seu importante tratado de direito internacional, também aponta essa periodização (L. OPPENHEIM, *International law. A treatise. Vol. II — War and neutrality*, New York, Longmans, Green and Co., 1921³, pp. 187-188).

(70) Uma exceção é a passagem sobre o código da Baviera de 1813 (ver nota 48). Evaristo de Moraes já tinha chamado a atenção para essa mudança de opinião de Thomaz Alves Júnior (MORAES, *A campanha abolicionista*, cit., p. 212).

(71) ALVES JÚNIOR, *Anotações*, 1886², cit., p. 847.

Um pouco mais intrincada é a posição de Vicente Alvez de Paula Pessoa no seu «Codigo Criminal do Imperio do Brazil comentado e anotado» de 1885. Por um lado, ele concorda com a posição tradicional segundo a qual o artigo 60 do código criminal não estava em contradição com o parágrafo 19 do artigo 179 da carta constitucional, mas remete ao «artigo bem deduzido» de Carlos Perdigão sobre os açoites, engrossando o coro daqueles que pensavam que tal pena — «suprema vergonha» inscrita na legislação brasileira — deveria ser abolida⁽⁷²⁾.

Já o «Comentário ao código criminal brasileiro» de Antonio de Paula Ramos Júnior publicado em 1875, isto é, antes mesmo de Perdigão, admitiu que havia contradição entre a pena de açoites e o texto constitucional de 1824⁽⁷³⁾. Disso não decorreria, porém, autorização para que os juízes deixassem de aplicar o artigo 60 do código criminal por inconstitucionalidade. Seria anacrônico supor que essa seria a automática consequência do reconhecimento de que o texto do código criminal não estava adequado aos ditames constitucionais da época⁽⁷⁴⁾.

Emancipar — gradualmente — o elemento servil. A já referida lei do ventre livre de 1871 tinha sido um passo nessa direção. Em 28 de setembro de 1885 foi promulgada a famosa lei que libertou os escravos com mais de 65 anos⁽⁷⁵⁾. Graças a ela, surgiram interpretações que reverberavam no direito criminal: se a condição para a libertação futura é certa e se ninguém mais nasce cativo, então, não existem mais escravos no Brasil, mas somente *statu liber*, logo,

⁽⁷²⁾ V.A. DE P. PESSOA, *Codigo criminal do Imperio do Brazil commentado e anotado*, Rio de Janeiro, Livraria Popular de Cruz Coutinho, 1885², p. 139.

⁽⁷³⁾ A. DE P. RAMOS JÚNIOR, *Comentário ao código criminal brasileiro*, Tomo I, Rio de Janeiro, Carioca, 1875, p. 90.

⁽⁷⁴⁾ Sobre a história do controle de constitucionalidade no Brasil, cf. M.C. CONTINENTINO, *História do controle de constitucionalidade das leis no Brasil — percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*, São Paulo, Almedina, 2015. Como mostra Continentino, existiam formas de controle de constitucionalidade das leis no Brasil imperial, porém, elas não se aplicam ao nosso caso.

⁽⁷⁵⁾ Digo esse número para simplificar, porque a conta para a definição da idade de libertação era mais complicada. Para uma síntese sobre essas duas leis, cf. J.M.N. MENDONÇA, *Legislação emancipacionista, 1871 e 1885*, in *Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos*, cit., pp. 277-284.

a pena de açoites não é mais aplicável⁽⁷⁶⁾. Aparentemente, um dos juízes pioneiros nessa interpretação foi José Manoel de Freitas em um caso do tribunal do júri do Recife⁽⁷⁷⁾. A decisão repercutiu, tanto nos jornais quanto nos recintos do parlamento, seja com aplausos, seja com acusações de «heresia jurídica». Pouco tempo depois, ainda em 1885, o magistrado Antonio Pitanga escreveria um opúsculo que ficou famoso sustentando tal interpretação⁽⁷⁸⁾.

Nesse momento, o movimento pela abolição da escravidão já era forte. Nos jornais abolicionistas, a denúncia de casos de aplicação e abuso dos açoites já se tornara uma arma de luta política⁽⁷⁹⁾; eram organizadas «procissões cívicas com escravos torturados, usados para pressionar pelo fim da pena de açoites»⁽⁸⁰⁾. Os meses finais do ano de 1886 seriam cruciais para esses embates.

4. *Controlar os escravos sem o chicote? Debates parlamentares e abolicionismo.*

Se tratávamos, até agora, de posicionamentos de juristas pela civilização do direito penal, se estávamos falando do encontro entre um empenho de direito civil pela abolição da escravidão e um de direito penal pela revogação da pena de açoites, para completar o nosso quadro, acompanharemos o que aconteceu nos lugares

⁽⁷⁶⁾ Um debate semelhante já havia tido lugar décadas antes quando se discutia o *status* de escravos para os quais, por exemplo, existiam testamentos que concediam a liberdade sob a condição de servir durante certo tempo os herdeiros. Se a conclusão fosse que tais sujeitos não eram mais escravos, mas *statu liber*, a pena de açoites não seria aplicável a eles (J.P.J. DA S. COROATÁ, *Apanhamento de decisões sobre questões de liberdade publicadas em diversos periódicos forenses da corte*, Bahia, Masson & C., 1867, pp. 22-23). Sobre a figura do *statu liber*, cf. M.A.D. PAES, *Escravidão e direito. O estatuto jurídico dos escravos no Brasil oitocentista (1860-1888)*, São Paulo, Alameda, 2019, pp. 266-306.

⁽⁷⁷⁾ A. PITANGA, *A pena de açoites*, Recife, 1886, p. 3. Sobre a sentença e sua repercussão, cf. PIROLA, *O castigo senborial*, cit., pp. 20-22.

⁽⁷⁸⁾ PITANGA, *A pena de açoites*, cit.

⁽⁷⁹⁾ Cf. ASSIS, *Contra a pena de açoites*, cit.; SONTAG, “Código negro”, cit., pp. 210-216; E. DE MORAES, *A legislação escravocrática e a magistratura*, in «Arquivo judiciário», 5 de janeiro de 1938, pp. 129-130.

⁽⁸⁰⁾ ALONSO, *Processos políticos da abolição*, cit., p. 362.

por onde essas batalhas quase que necessariamente precisam passar em um sistema em que a produção do direito está umbilicalmente ligada ao poder político: o parlamento. Vejamos, então, a trajetória que levou à supressão do artigo 60 do código criminal em 1886 através da lei de 15 de outubro de 1886.

O tema dos açoites é parte do percurso da abolição da escravidão no Brasil. Esse vínculo já foi devidamente apontado pela historiografia e ele tem um significado especial para os nossos fins na medida em que é uma faceta da articulação entre empenho de direito penal e de direito civil que abordamos na seção anterior. Mais especificamente, a trajetória dos debates parlamentares é marcada por algumas tensões: abolir os açoites é um passo necessário para a gradual emancipação do «elemento servil» ou é um perigo para a manutenção da ordem (que ainda continuaria sendo escravista)? É possível revogar o artigo 60 do código criminal sem antes abolir completamente a escravidão?

Não por acaso, as primeiras propostas de abolição da pena de açoites apareceram no seio das discussões que levaram à lei do ventre livre de 1871 e à lei dos sexagenários de 1885. Quando o projeto para a libertação do ventre ainda estava no Conselho de Estado, Nabuco de Araújo denunciou a incompatibilidade entre o artigo 60 do código e o dispositivo da constituição de 1824 que abolia os açoites e demais penas cruéis (o já citado art. 179, §19). Além disso, argumentou que tal pena não seria exemplar e nem proporcional, que ela desmoralizava e que seria mais seguro o escravo condenado ficar preso do que voltar para a casa do senhor⁽⁸¹⁾. Nenhuma dessas razões bastou. O conselheiro Barão do Bom Retiro, por exemplo, empregou um argumento que já vimos acerca da ineficácia da prisão para controlar a escravaria: «para muitos, a [...] prisão com trabalho [...] tornar-se-á até um melhoramento de condição, senão um incentivo para o crime»⁽⁸²⁾. O dispositivo que abolia a pena de açoites nem apareceu na versão apresentada pelo governo à câmara dos deputados⁽⁸³⁾. Mais ou

⁽⁸¹⁾ *Atas do Conselho de Estado*, p. 13.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, p. 15.

⁽⁸³⁾ *Discussão da reforma do estado servil na camara dos deputados e no senado*.

menos na mesma época, o nosso já conhecido Perdigão Malheiro também apresentou projetos para a emancipação gradual na câmara dos deputados em nome da civilização e da cristandade e um deles previa a abolição dos açoites⁽⁸⁴⁾. Mais tarde, já no contexto que levaria à aprovação da lei dos sexagenários, o deputado João Penido chamou a atenção para o caráter infamante da pena de açoites e que ela repugnaria os «sentimentos humanitários os mais cominhos»⁽⁸⁵⁾. Todavia, o projeto que ele apresentara para abolir os açoites, assim como todos os outros até aqui, não teve sucesso.

Em 29 de julho de 1886, o famoso abolicionista Joaquim Nabuco denunciava pelos jornais o caso de quatro escravos que tinham sido condenados a 300 açoites. Dois deles foram encontrados mortos na estação de trem de Entre-Rios, perto de Paraíba do Sul no estado do Rio de Janeiro⁽⁸⁶⁾. Em meio a trocas de telegramas entre o governo e as autoridades locais, rusgas entre o ministro da justiça e a oposição, surgiu o tema da abolição da pena de açoites. O líder da oposição, senador Manuel Pinto de Sousa Dantas, discursou com eloquência, lembrando o já citado dispositivo constitucional (art. 179 §19) e que o artigo 60 do código criminal, «é posterior á da nossa Constituição, na qual, para honra dos que nella collaborarão, se lêem estas palavras [...]. Não fizerão excepção alguma»⁽⁸⁷⁾. Além disso, em virtude das recentes leis de emancipação gradual, dizia Dantas, reverberando teses que já vimos na seção anterior, «a condição do escravo entre nós está profundamente modificada, e que elle se acha na condição de status liberi, e que, pois, não é possível applicar-se-lhe a pena de açoutes esta-

Parte I. *De maio a 31 de julho de 1871*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1871, p. 87.

⁽⁸⁴⁾ *Annaes do parlamento brasileiro. Camara dos srs. deputados. Segundo anno da decima-quarta legislatura. Sessão de 1870. Tomo I*, Rio de Janeiro, Typographia imperial e constitucional de J. Villeneuve, 1870, p. 58.

⁽⁸⁵⁾ *Ibid.*, p. 508.

⁽⁸⁶⁾ *Annaes do senado brasileiro. 1ª sessão da 20ª legislatura. Vol. IV. De 1 a 31 de agosto de 1886*, Rio de Janeiro, Typographia imperial e constitucional de J. Ville-neuve, 1886, p. 245 e ss.

⁽⁸⁷⁾ *Ibid.*, p. 274.

belecida no código criminal de 1830? »⁽⁸⁸⁾. A pergunta não era retórica: segundo ele, o problema é que o judiciário ainda teria a prerrogativa de aplicar a pena de açoites (apesar da tese do *statu liber*)⁽⁸⁹⁾. Todo o discurso do nosso senador, na verdade, embora tenha partido do tema do castigo corporal contra os escravos, era um discurso abolicionista: a existência, ainda, do elemento servil no Brasil atestava, segundo ele, « obscurantismo » e « desconhecimento dos direitos da civilização do christianismo e da liberdade »⁽⁹⁰⁾.

O ministro da justiça Joaquim Delfino Ribeiro da Luz, então, respondeu:

o nobre senador acha que a applicação da pena de açoites é nas circumstancias atuais e no estado de civilização de nosso paiz cousa inteiramente repugnante; mas porque não propõe sua substituição e uma medida qualquer para se acabar tambem com o castigo corporal na armada?⁽⁹¹⁾

Depois de alguma resistência de Dantas — pois, na verdade, o que ele pretendia era estimular o debate sobre a abolição imediata da escravidão em si — o projeto viria dali a alguns dias e receberia, inclusive, o apoio do governo.

Mas, antes, ainda houve muitas trocas de farpas no senado e vários artigos de jornal em virtude do caso dos dois escravos mortos de Paraíba do Sul. Apesar de ninguém ter tido coragem, nesse momento, de defender abertamente a pena pública de açoites, alguns tentavam ponderar e, sobretudo, salvar um pouco do patriotismo. Mais tarde, quando o projeto já estava na câmara, um dos deputados da situação, por exemplo, lembrou que a civilizada Inglaterra aprovara em 13 de julho de 1863 a famosa lei dos « estranguladores » (mais precisamente, o alvo era certo tipo de assalto cometido com violência no espaço urbano) que previa a pena de açoites para homens — destacou o orador — livres!⁽⁹²⁾ Vale ano-

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, p. 246.

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, p. 248.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*, p. 246.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 248.

⁽⁹²⁾ *Annaes do parlamento brasileiro. Camara dos srs. Deputados. 16 de agosto de 1886*, p. 163.

tar que o deputado brasileiro fez uma comparação com uma lei considerada fruto de um dos casos mais famosos de pânico criminal estimulado pela imprensa da história inglesa⁽⁹³⁾.

Ainda na câmara dos deputados, em paralelo ao que acontecia no senado, o tema do açoite também gerava controvérsia. Três personagens protagonizaram um debate acirrado no dia 15 de setembro de 1886: Affonso Celso Júnior, jovem deputado (então com 26 anos), que se tornaria importante figura do mundo literário e político brasileiro, republicano, mas filho daquele que seria o último presidente do conselho de ministros do império alguns anos depois, o Visconde de Ouro Preto; o velho senador Barão de Cotegepe, presidente do Conselho na época e que ficaria famoso por ter sido o único senador a votar contra a lei que aboliria a escravidão no Brasil em maio de 1888; e o jurista e deputado, já experiente e protagonista nas discussões sobre o código civil na década de 1880, Antônio Coelho Rodrigues, filiado ao partido da situação, ao contrário de Affonso Celso Júnior.

No dia 4 de setembro de 1886, Affonso Celso Júnior interpeleou o presidente do conselho de ministros questionando, entre outras coisas, se, em virtude da lei dos sexagenários de 1885, ainda existiam escravos no Brasil ou se tínhamos somente *statu liber*. Consequentemente, ele ainda perguntou se a pena de açoites — exclusiva para escravos — ainda continuava em vigor⁽⁹⁴⁾. O Barão de Cotegepe, presidente do conselho, compareceu à câmara no dia 15 de setembro. Quando a interpelação entrou na pauta, Affonso

(93) R. SINDALL, *London Garotting Panics of 1856 and 1862*, in «Social History», 12 (1987), 3, pp. 351-359; C. EMSLEY, *Hard men. The English and violence since 1750*, London and New York, Hambledon and London, 2005, p. 17, 157, 164. Mais precisamente, o *Act for the further security of the persons of her majesty's subjects from personal violence, 13th July 1863* ou simplesmente *Security from violence Act*, previa o açoite como pena adicional, que o juiz poderia ou não aplicar (diferentemente do caso brasileiro, em que a margem de discricionariedade para o juiz era bem menor) (*Criminal law consolidation* [...], edited by James Bigg, Westminster, Waterlow & Sons, Yacher & Sons, P. S. King, 1868, pp. 142-143). Tal lei só viria a ser revogada em 1948 (SINDALL, *London Garotting Panics*, cit., p. 359).

(94) *Annaes do parlamento brasileiro. Camara dos srs. deputados. Primeira sessão da vigésima legislatura. De 4 de setembro a 16 de outubro de 1886. Vol. V. Prorogação e appendice*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1886, p. 3.

Celso Júnior tomou a palavra e discursou com eloquência em favor da teoria segundo a qual os escravizados — essa é a palavra que ele usa conscientemente no lugar de escravos —, em virtude da nova lei, seriam agora *statu liber*. Portanto, todo o regime penal exclusivo para escravos já não seria mais aplicável. Ademais, a pena de açoites seria absurda, pois « só á consciência pública pertence decretar a infâmia, que deve resultar do acto, do facto intrínseco, do crime, e jamais da forma do acto exterior, da pena, porque a vergonha está no delicto ». Em suma, uma punição que seria um « germen de corrupção » e atentatória à constituição de 1824 ⁽⁹⁵⁾.

A resposta do Barão de Cotegipe foi taxativa no sentido oposto. A legislação brasileira não reconheceria, segundo ele, o estágio intermediário entre a escravidão e a liberdade, e, portanto, não haveria que se falar em revogação implícita da pena de açoites. Assim, a magistratura, mesmo « levada por princípios humanitários », não pode « julgar revogadas leis que ainda não o foram pelo poder legislativo ». Ou seja, « os juízes que julgarem contra as disposições claras, positivas das leis, sciente e conscientemente, prevaricam » ⁽⁹⁶⁾. Parece-me que o tom do barão era realmente de ameaça: ele provavelmente se referia ao artigo 129, §1^o ⁽⁹⁷⁾ ou ao artigo 160 ⁽⁹⁸⁾ do código criminal de 1830, que poderiam enquadrar criminalmente um juiz que decidisse contra uma disposição clara de lei ⁽⁹⁹⁾. Na sequên-

⁽⁹⁵⁾ *Ibid.*, p. 200.

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*, p. 202. Ademais, era muito comum na época a associação entre prevaricação (entendida de maneira genérica, e não como um crime em específico) e os juízes (cf. A.A.M. FARIA, *Peita, suborno e a construção do conceito jurídico-penal de corrupção: patronato e venalidade no Brasil imperial (1824-1889)* [dissertação de mestrado], Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2018, pp. 46-48, 56, 58).

⁽⁹⁷⁾ « Art. 129. Serão julgados prevaricadores os empregados publicos, que por afeição, odio, ou contemplação, ou para promover interesse pessoal seu: 1^o Julgarem, ou procederem contra a literal disposição da lei [...] Penas — de perda do emprego, posto, ou officio com inhabilidade para outro, por um anno, e multa correspondente a seis mezes no grão maximo; perda do emprego, e a mesma multa no grão médio; suspensão por tres annos, e multa correpondente a tres mezes no grão minimo ».

⁽⁹⁸⁾ « Art. 160. Julgar, ou proceder contra lei expressa. Penas — de suspensão do emprego por um a tres annos ».

⁽⁹⁹⁾ Não seria a primeira vez que um problema de interpretação renderia um

cia, houve longa discussão entre o jovem deputado e Coelho Rodrigues a golpes de textos romanos, citações de Teixeira de Freitas e com menções ao famoso debate do Instituto dos Advogados Brasileiros sobre o *statu liber* na década de 1850. A conclusão de Rodrigues era idêntica a do Barão de Cotegipe, inclusive no que diz respeito à manutenção dos açoites, porém, ele se apressou em dizer, já na parte final do seu pronunciamento, que não era sua intenção

advogar o uso dessa pena cruel, nem fazer o seu elogio; julgo mesmo questionável em these a sua constitucionalidade, em face do §19 do art. 179; porém a questão não é these de jure constituendo, mas hypothese de jure constituto. Aquella pena foi estabelecida em termos claros por lei positiva, que só pode ser revogada por outra.

Voltemos, agora, ao senado e a algumas das razões jurídicas importantes do parecer da comissão de legislação sobre o projeto que abolia os açoites. Primeiro, a comissão acolhia a ideia segundo a qual essa pena era aviltante, e, nesse sentido, produzia mais males do que benefícios⁽¹⁰⁰⁾. Embora com uma argumentação um pouco truncada, o parecer reconhecia uma espécie de dualidade no interior do próprio código criminal. Sobre esse ponto, vale uma citação um pouco mais longa:

não ha argumento que possa justificar a continuação dessa penalidade excepcional contra uma classe, pois, como ensina o eminente criminalista Carrara, que a comissão pede licença ao senado para citar, as penalidades editadas por leis de excepção e de circumstancias são o producto de occasiões transitorias e de movimentos inconsiderados de temor e colera; sob seu impulso se respeita mal a autoridade dos preceitos geraes da razão, e é quasi impossivel manter as penalidades da lei especial n'um justo accôrdo com as penalidades estabelecidas n'outras leis. Os codigos geraes de direito penal não são feitos ao acaso e, como se diz, de peças e pedaços: offerecem sempre unidade de pensamento; nelles póde haver muita severidade ou muita indulgência, mas sempre se encontrará unidade de pensamento⁽¹⁰¹⁾.

processo contra um juiz. Para um caso em que houve condenação, cf. FARIA, *Peita, suborno e a construção do conceito jurídico-penal de corrupção*, cit., pp. 158-163.

⁽¹⁰⁰⁾ *Annaes do senado brasileiro. 1ª sessão da 20ª legislatura. Vol. V. De 1 a 30 de setembro de 1886 e de 1 a 16 de outubro de 1886*, Rio de Janeiro, Typographia imperial e constitucional de J. Villeneuve, 1886, p. 225.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*, pp. 225-226.

Efetivamente, o criminalista toscano em mais de uma ocasião se ocupou do problema das leis excepcionais, isso para não mencionar o famoso capítulo final do *Programma del corso di diritto criminale* cujo objetivo era, substancialmente, justificar a razão pela qual era impossível fazer uma exposição racional da classe dos delitos ditos políticos. O motivo para tanto era o vínculo desses delitos com contingências, com exigências particulares de repressão do dissenso político de grupos momentaneamente no poder⁽¹⁰²⁾.

Na sequência da segunda rodada de discussões sobre o projeto, o ministro da justiça Ribeiro da Luz tomou a palavra para justificar uma mudança que ele próprio sugerira no âmbito da comissão de legislação. Qual pena prever para os escravos no lugar dos açoites? O projeto original previa galés. A mudança sugerida pelo ministro substituíra as galés por prisão. O objetivo era evitar uma desproporção muito grande em relação às penas aplicadas para os mesmos crimes contra homens livres⁽¹⁰³⁾. Tratava-se de «sujeitar o escravo ao regimen commum da penalidade, com algumas restricções»⁽¹⁰⁴⁾. Em suma, apesar das rusgas trocadas com os abolicionistas, o ministro disse em alto e bom som:

desde que pela lei de 28 de Setembro de 1871 ninguem mais pôde nascer escravo no Brazil e que pela lei de 28 de Setembro de 1885 se tomárão medidas taes que a escravidão entre nós tem seus dias contados não me oppo-nho a que desapareça da nossa legislação a pena de açoites⁽¹⁰⁵⁾.

Um senador respondeu: «em homenagem á nossa civilisa-ção!». E Ribeiro da Luz completou, quase ecoando o artigo que já vimos de Carlos Perdigão: «não me opponho que deixem de ser sujeitos á pena de açoites aquelles que dentro em pouco tempo se-rão cidadãos brasileiros e hão de até exercer direitos politi-cos»⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰²⁾ Sobre esse aspecto do pensamento de Francesco Carrara, cf. M. SBRICCOLI, *Política e justiça em Francesco Carrara*, in «Meritum», 5 (2010), 1, pp. 13-24.

⁽¹⁰³⁾ *Annaes do senado brasileiro. De 1 a 30 de setembro de 1886 e de 1 a 16 de outubro de 1886*, cit., p. 273.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, p. 275.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, p. 273.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*.

Depois de o governo ter adotado o projeto, restava pouca controvérsia. Algumas delas, todavia, merecem alusão.

No dia 29 de setembro de 1886, um dos relatores do parecer da comissão de legislação, senador Pedro Leão Velloso, começou o seu discurso com um arroubo patriótico:

antes, porém, de entrar em materia, o senado me permitirá que eu lavre um protesto contra a coima de barbarismo, que se tem querido lançar sobre o Brazil, porque ainda conserva em sua legislação a pena de açoites applicadas a escravos. Os que nos lanção este labéo vão ao ponto de considerarnos indignos de figurar no gremio das nações civilisadas, porque, dizem elles, não ha nenhuma nação civilisada que mantenha a pena de açoites. Não é exacto ⁽¹⁰⁷⁾.

Os dois exemplos lembrados, na sequência, foram Alemanha e Inglaterra, sempre insuspeitas em termos de civilização. O caso alemão já tinha sido mencionado, inclusive, pelo jurista Thomaz Alves Júnior e o inglês em um debate anterior. O senador logo esclareceu, porém, que ele era contrário à pena de açoites — seja para livres, seja para escravos. Tal punição era igualmente cruel independentemente do sujeito. No caso brasileiro, ela ainda estava em rota de colisão com o texto constitucional de 1824 ⁽¹⁰⁸⁾. O senador Antônio Cândido da Cruz Machado, logo em seguida, lembrou que tínhamos saído do regime do livro V das Ordenações para o do artigo 60 do código criminal ⁽¹⁰⁹⁾. Uma evolução gradual que, agora, poderia ser completada. Evidentemente, o ritmo talvez excessivamente lento de tais conquistas paulatinas e o fato de o artigo 60 flexionar boa parte do sistema penal brasileiro para um contingente enorme da população (diferentemente do que ocorria nos casos inglês e alemão) são detalhes que não perturbavam o orgulho patriótico dos nossos senadores.

Os abolicionistas praticamente comemoravam o projeto de lei como um verdadeiro reconhecimento por parte do governo de que o regime escravista deveria ser extinto imediatamente (ou quase). Eis a conexão, mas também a tensão, entre a abolição dos

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, p. 283.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.*, p. 284.

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibid.*, p. 286.

açoites e do regime escravista. Como manter a ordem sem o chicote? Eis a grande preocupação da ala mais conservadora do parlamento. A primeira resposta era: com o açoite doméstico. Efetivamente, o projeto de lei mencionava única e exclusivamente o artigo 60 do código criminal. O presidente do conselho de ministros, o conservador Barão de Cotegipe, chamou a atenção para esse detalhe⁽¹¹⁰⁾, enquanto o autor do projeto, senador Ignacio Martins, porém, entendia que «o senhor ficará proibido de açoitar o escravo, mas não de o castigar moderadamente», pois a parte final do artigo sobre crimes justificáveis (art. 14, §6º do código criminal) dizia que tais sanções domésticas eram permitidas se, além de moderadas, a qualidade delas não fosse «contrária às leis em vigor»⁽¹¹¹⁾. Todavia, aparentemente, tinha ficado assentada já no senado — e, depois, também na câmara⁽¹¹²⁾ — a interpretação segundo a qual o projeto abolia somente a pena pública de açoites⁽¹¹³⁾.

Na câmara, o debate foi muito rápido. Em 6 de outubro de 1886, foi apresentado o parecer da comissão de justiça criminal, que foi positivo em nome de um sistema com penas «mais brandas e humanitárias, como exige a nossa civilização»⁽¹¹⁴⁾. Tivemos, ainda, uma ou outra preocupação com a «anarchia» no mundo do trabalho⁽¹¹⁵⁾; com a possível abolição do castigo doméstico (que logo foi esclarecida); com o «abolicionismo impaciente»⁽¹¹⁶⁾; mas a resistência foi pífia.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*, p. 288, 294.

⁽¹¹¹⁾ *Ibid.*, p. 297.

⁽¹¹²⁾ *Annaes do parlamento brasileiro. De 4 de setembro a 16 de outubro de 1886*, cit., p. 453, 482.

⁽¹¹³⁾ Alexandra K. Brown chegou a afirmar que Martins propôs uma emenda nesse sentido que foi rechaçada (BROWN, “*A black mark on our legislation*”, cit., p. 110), mas, salvo engano, os debates parlamentares não mencionam emenda, tanto é que o argumento jurídico do autor do projeto faz referência a outro artigo do código criminal.

⁽¹¹⁴⁾ *Annaes do parlamento brasileiro. De 4 de setembro a 16 de outubro de 1886*, cit., p. 404.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 453.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 482.

No mesmo dia em que a câmara aprovaria o projeto — 13 de outubro de 1886 — Joaquim Nabuco publicou nos jornais um verdadeiro manifesto intitulado «A pena infamante». Para ele,

essa pena [de açoites] é uma nódoa na legislação de um paiz cuja Constituição continha ha mais de meio seculo esta ordem peremptoria: 'Ficam desde já abolidas as penas infamantes'. Até hoje, porém, a Constituição, como tudo o mais, cedeu à escravidão, e o mais barbaro de todos os codigos humanos existentes, aquelle em que a lei para um é exclusivamente o arbitrio ilimitado do outro, o codigo negro, foi enxertado em um codigo politico, que bastaria para garantir a liberdade dos cidadãos, se o povo soubesse fazer uso dos seus direitos⁽¹¹⁷⁾.

Em 15 de outubro de 1886 seria promulgada a lei cujo artigo primeiro dizia: «são revogados o art. 60 do Codigo Criminal e a Lei n. 4 de 10 de Junho de 1835, na parte em que impoem a pena de açoites».

Civilização ainda que tardia? Considerando a interpretação segundo a qual não seria mais aplicável a pena de açoites porque já não existiriam mais escravos no Brasil, mas somente *statu liber*, considerando a leitura existente desde 1874 de que o açoite era uma sanção que só o poder público poderia manejar⁽¹¹⁸⁾, o parlamento chegou um pouco atrasado e foi conservador⁽¹¹⁹⁾. De qualquer forma, os acontecimentos se sucediam vertiginosamente: lei dos sexagenários em 1885, lei sobre os açoites em 1886 e, pouco tempo depois, igualmente tardia, a lei áurea de 1888 que declarou extinto o regime jurídico escravista no Brasil.

Os debates parlamentares em torno da pena de açoites nos permitem enxergar o entrelaçamento entre o empenho cívico — de direito civil — pela abolição da escravidão e o empenho — de direito penal — pela revogação da cruel punição direcionada exclusivamente aos escravos. Uma conexão tensa, pois, para aprová-

⁽¹¹⁷⁾ J. NABUCO, *A pena infamante*, in «O Paiz», 13 de outubro de 1886, p. 1 col. 4.

⁽¹¹⁸⁾ BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., pp. 224-237.

⁽¹¹⁹⁾ Nesse sentido, é possível aceitar a interpretação de Pirola segundo a qual, nesse caso também, o parlamento agiu como «freio das propostas consideradas radicais» (PIROLA, *O castigo senhorial*, cit., p. 32).

la, era necessário admitir que o regime escravista ainda poderia subsistir sem esse instrumento de controle e, ao mesmo tempo, mostrar que a manutenção de uma pena tão ofensiva à civilização servia como impulso para o projeto de abolir o regime escravista. O equacionamento desse problema foi possível com o abandono da ideia de suprimir tanto os açoites domésticos como os públicos. Embora o parlamento tivesse aparentemente fixado essa leitura do primeiro artigo da lei de 15 de outubro de 1886, nem sempre a dita «interpretação autêntica» — se é que era «autêntica» — acaba sendo adotada.

Logo depois que a lei sobre a abolição da pena de açoites foi aprovada, o delegado da cidade mineira de Sabará, Bento Epaminondas, tomou providências: ele mandou afixar «no lugar de costume», divulgar na imprensa e enviar aos subdelegados o seguinte edital⁽¹²⁰⁾:

EDITAES

O advogado Bento Epaminondas, delegado de policia em exercicio desta cidade de Sabará e seu termo.

A todos que o presente edital virem ou delle noticia tiverem, faço saber que, em virtude da lei n. 3:310 de 16 de outubro de 1886, forão revogados o art. 60 do cod. crim. e a lei n. 4 de 10 de junho de 1835, na parte em que impõe a pena de açoites [*sic*]; pelo que, na faculdade do § 6.º do art. 14 do mesmo cod. não pode ser comprehendido o açoite como castigo moderado, visto ser contrario ás leis em vigor, como dispõe o final do mesmo §

E para que chegue a noticia a todos e ninguém se chame á ignorancia, suppondo que particularmente podem ser açoitados os escravizados, mandei passas o presente, que será affixado no lugar do costume e publicado pela imprensa, remettendo-se copia aos respectivos subdelegados deste termo para o mandarem publicar em suas freguezias.

Eu, Silverio Augusto de Lima, escrivão, o subscrevi, em Sabará, aos 23 de outubro de 1886.

Bento Epaminondas.

Ou seja, exatamente a interpretação do deputado Ignacio Martins que tinha sido aparentemente rechaçada na câmara e no senado.

O mesmo jornal que publicou o edital elogiou a iniciativa: «é um exemplo digno de ser imitado por todas as autoridades polici-

(120) B. EPAMINONDAS, *Editaes*, in «Liberal Mineiro», 11 de novembro de 1886, p. 3 coll. 4 e 5.

aes»⁽¹²¹⁾. O caso também repercutiu na corte: o mesmo periódico que tinha acolhido vários dos artigos de combate de Joaquim Nabuco, também noticiou elogiosamente a iniciativa do delegado de Sabará⁽¹²²⁾. A posição do delegado Epaminondas não foi isolada. Efetivamente, chegou a correr na época a notícia de que os açoites — não só os públicos, mas também os privados — estavam finalmente abolidos. Uma consequência que «parece não terem os legisladores compreendido na ocasião da medida que adotavam», dizia uma nota no *Jornal do Recife* de 9 de novembro de 1886 ao defender que, em virtude da constituição de 1824, da parte final do artigo 14, § 6º do código criminal e do artigo 1º da recém-promulgada lei de 1886, estava finalmente apagado esse «borrão negro nas páginas do nosso primeiro monumento legislativo»⁽¹²³⁾.

5. *Empenhos cívicos / civilização.*

Nossa antiga legislação criminal, datada de três séculos anteriores, quando os conhecimentos jurídicos e sociaes estavam ainda muito acanhados, reconhecia as penas degradantes ou barbaras de açoites, tortura, marca de ferro quente e outras semelhantes,

lamentava-se aquele que era o principal publicista do império, José Antonio Pimenta Bueno. O título dessa parte do seu livro «Direito publico brasileiro» publicado em 1857 era «Da abolição das penas crueis», que abordava, naturalmente, o já referido artigo 179, § 19 da constituição de 1824. A «antiga legislação criminal [...] de três séculos anteriores», isto é, as Ordenações Filipinas, em tese, tinha ficado para trás graças à nova constituição. Por isso, Pimenta Bueno acrescentava: «o homem, por ser delinquente não deixa de pertencer á humanidade; é de mister que seja pu-

(121) *Pena de açoites*, in «*Liberal Mineiro*», 11 de novembro de 1886, p. 2 col. 3.

(122) *Topicos do dia*, in «*O Paiz*», 11 de novembro de 1886, p. 1 col. 5. Não por acaso, o edital do delegado Epaminondas ficou conhecido na historiografia. Cf. MORAES, *A campanha abolicionista*, cit., p. 216; NEQUETE, *Os açoites*, cit., p. 24; BROWN, “*A black mark on our legislation*”, cit., p. 111.

(123) *Apud* BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., p. 253.

nido, mas por modo consentâneo, com a razão, proprio de leis e do governo de uma sociedade civilizada»⁽¹²⁴⁾. O grande problema é que nem tudo na nossa legislação oitocentista testemunhava a favor da «civilização» brasileira. Aqueles que escreveram sobre o código criminal de 1830 tiveram que enfrentar o seu artigo 60, o açoite para escravos.

Como os juristas brasileiros oitocentistas se posicionaram em relação aos açoites? Em síntese, por um lado, encontramos i) o

reconhecimento do cativo como um dado de fato da realidade brasileira, reconhecimento sempre feito em tom de lamento ou mesmo de denúncia, mas sem que o discurso conseguisse, também, deslegitimar diretamente o regime penal excepcional dos escravos;

e, por outro lado, ii) «o empenho cívico de direito civil pela abolição da escravidão pôde se encontrar com o empenho de direito penal pela abolição de penas consideradas bárbaras»⁽¹²⁵⁾. Não me parece que seja possível, para o caso brasileiro, sustentar a existência de uma específica tendência do saber jurídico-penal centrada no empenho cívico pela civilização do direito penal, tal como aconteceu na Itália da segunda metade do século XIX⁽¹²⁶⁾. Porém, essa exigência não foi totalmente estranha aos juristas brasileiros. O «facto da escravidão» marcou a experiência brasileira pela civilização do direito penal — a meu ver — em dois níveis: no primeiro, pelo próprio tema dos açoites como parte da lista de «nódoas» da legislação; no outro, mais profundo, condicionando a própria dinâmica desse empenho cívico, isto é, ou i) despotencializando a crítica (o que nos ajuda a entender exigência sentida por alguns juristas de expressar posições antiescravistas mesmo quando reconheciam a «necessidade» da pena de açoites), ou ii) potencializando a crítica, quando o empenho cívico de direito civil pela abolição da escravidão se encontrou com o empenho cívico pela abolição da pena de açoites.

⁽¹²⁴⁾ J.A.P. BUENO, *Direito publico brasileiro e analyse da constituição do império*, Rio de Janeiro, Typographia Villeneuve, 1857, p. 418.

⁽¹²⁵⁾ SONTAG, “*Curar todas as moléstias com o um único medicamento*”, cit., p. 59.

⁽¹²⁶⁾ *Ibid.*, p. 66.

Os juristas da época imperial louvavam o advento do código criminal de 1830 como um passo adiante no caminho da «civilização», superando o «bárbaro» livro V das Ordenações Filipinas. Uma narrativa como essa nos prolegômenos históricos de um manual de direito penal hodierno não passa de uma repetição acrítica de uma história que não satisfaz os critérios de uma pesquisa rigorosa, além de promover uma falsa tranquilidade para o jurista contemporâneo: a de que o fluxo da história caminha inexoravelmente para o progresso⁽¹²⁷⁾. Porém, para os nossos juristas oitocentistas, essa representação se conectava a um embate vivo pela civilização do direito penal, ainda que com os custos da simplificação do passado. Ou seja, uma luta contra aquilo que o imaginário do século XIX via como resquícios de um passado bárbaro, como os açoites. Evidentemente, nós, historiadores, podemos tentar enxergar para além dos atores da época: as ressalvas às promessas do direito penal liberal não lhe eram externas, mas parte da oscilação entre demandas por ordem e liberdade que o constituía. Ao mesmo tempo, não podemos banalizar os embates — no caso, civilizatórios — nos quais o discurso do açoite como resíduo anacrônico se colocava no cenário oitocentista. O desafio para o historiador do direito é conseguir enxergar para além do discurso dessas fontes doutrinárias, mas sem esvaziá-las. É preciso, por assim dizer, atravessar esses documentos.

O caso do jurista Joaquim Augusto de Camargo parece-me exemplar. A introdução histórica do seu livro «Direito penal brasileiro» de 1881, muito embora seja a mais detalhada e profunda da época, narra a trajetória do direito penal brasileiro como uma passagem da barbárie para a civilização. Um dos aspectos dessa mudança seria o advento — exaltado por Camargo — da noção de igualdade pregada já pelo «Filho de Deus», mas não realizada antes da Revolução Francesa⁽¹²⁸⁾. Na parte final da narração lemos

(127) Para uma crítica à história progressista, cf. as belas páginas do saudoso A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, pp. 13-30.

(128) «Muito tempo havia que o Filho de Deus descêra à terra, para pregar a igualdade dos homens. Essa doutrina, simples e natural, encontrou no entretanto inúmeras dificuldades em sua realização. Os vícios e defeitos dos tempos anteriores

o seguinte: «no entretanto, apesar de todas essas perfeições, o Código [criminal de 1830] tem uma parte importante, que, a nosso vêr, necessita ser reformada, por constituir um echo, embora enfraquecido» — o «enfraquecido» fica por conta do otimismo de Camargo — «do barbarismo e crueldade, que tantas censuras hão soffrido, dos tempos passados. Essa parte é a que estabelece a conversão das penas, que não a capital e galés, em açoutes e ferro ao pescoço por certo e determinado tempo»⁽¹²⁹⁾. Portanto, um dos desafios para quem se debruça sobre esses documentos é que, muitas vezes, eles traziam em si não somente uma opinião jurídico-política sobre a pena de açoites, mas, também, uma maneira de ver a história do direito penal. Eles operavam em dois níveis que se entrelaçavam quando a narrativa histórica progressista se encontrava com o empenho cívico pela abolição da infamante pena. A história tinha um papel duplo: por um lado, apaziguava o jurista em função do pressuposto implícito de que o progresso cedo ou tarde triunfaria; por outro lado, os ditos «echos» do passado tinham que ser combatidos. Desfazer a unidade entre a narrativa progressista que vemos em Camargo e o seu empenho cívico contra os açoites: eis a operação que eu tentei levar a cabo aqui com a ajuda dos conceitos de duplo nível de legalidade e de *penalistica civile* de Mario Sbriccoli.

A lei de 1886 marca o final de um ciclo. Pelos discursos em torno dela e pelas expectativas dos juristas em torno da abolição dos açoites, podemos perceber ainda ressoando — talvez, é preciso reconhecer, não tão forte como outrora — a projetualidade atribuída ao direito na modernidade⁽¹³⁰⁾. Esperava-se que a lei

tão radicados se achavão, que continuarão a dominar por muitos annos nas sociedades. Por maiores que fossem os esforços, por mais empenhadas as luctas, somente muito tarde, no fim do seculo 18, é que os homens puderão acabar com as distincções entre elles existentes. Esse factó é devido sobretudo a Revolução Franceza, que, convertendo em realidade o preceito do Divino Mestre, derribou de uma vez os restos do feudalismo» (J.A. DE CAMARGO, *Direito penal brasileiro*, São Paulo, Typographia da Gazeta do Povo, 1881, p. 179).

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, p. 189.

⁽¹³⁰⁾ Sobre isso, cf. o livro seminal sobre o tema: P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974.

fosse capaz de «moralizar os costumes». Talvez justamente nessa confiança na legislação possamos divisar um dos traços de legalismo do imaginário da época. Mas a violência punitiva sobre os corpos, assim como a infâmia, são coisas insidiosas, capazes de se transmutar e de se aninhar em outros recantos. Sem nem procurar muito — o esconderijo não era tão bom — açoitador continuou sendo uma sanção disciplinar contra militares de baixa patente (muitos deles negros), a ponto de ter sido um elemento central na famosa revolta da chibata em 1910⁽¹³¹⁾. A violência física como castigo era (é?) presença constante, também, no processo de execução daquela que deveria ser a pena humana por excelência: o cárcere⁽¹³²⁾. A tortura policial é parte de uma arraigada subcultura da corporação⁽¹³³⁾. Nesses dois últimos casos, ainda temos uma ulterior desvantagem: o caráter relativamente fechado do mundo das prisões e das delegacias (incluindo as viaturas e camburões), que tende a lançar um véu opaco sobre as sevícias que ali acontecem. O velho código criminal de 1830 não previa, como o francês de 1810, uma distinção entre penas infamantes e não infamantes⁽¹³⁴⁾. Porém, alguns juristas brasileiros perceberam como o açoite carrega consigo não somente efeitos corporais. As marcas permaneciam nos corpos dos escravos. O código francês, dentre as penas infamantes, trazia o *carcan* (a exposição pública) como punição principal ou acessória. No tratado de Chauveau e Hélie — que circulava no Brasil do século XIX — lemos uma censura pungente

(131) Para uma síntese sobre essa revolta, cf. B.C. SILVA, *Revolta da chibata*, in *Dicionário histórico-biográfico da Primeira República (1889-1930)*, coordenação geral de Alzira Alves de Abreu, Rio de Janeiro, CPDOC, 2015.

(132) Cf., por exemplo, C. CERIONI, *Tortura no cárcere: relatório denuncia violações em presídios no Brasil*, in «Exame», 22 de dezembro de 2018.

(133) Alguns dados e análises recentes em L. BORTONI, M. R. DE SANTI, *Lei da Tortura completa 20 anos, mas ainda há relatos do crime no país*, in «Agência Senado», 12/04/2017; M. BARROS, *Polícia e tortura no Brasil*, Curitiba, Appris Editora, 2015.

(134) Sobre a história das penas infamantes na França — uma classificação que só desapareceria com o código penal de 1994 — cf. PORRET, *Atténuer le mal de l'infamie*, cit.; ID., *La cicatrice pénale*, cit.; J.B. CAÑIZARES-NAVARRO, *Las penas infamantes en las postrimerías del Antiguo Régimen francés: tratamiento normativo y doctrinal*, in «Foro, Nueva época», 17 (2014), 1.

às penas infamantes porque «la peine infamante [...] brise violemment tous le liens qui unissaient le condamné à la société [...]. L'un des résultats les plus funestes est de détruire dans le condamné toute espérance de réformation»⁽¹³⁵⁾. Mesmo sendo uma pena bastante intimidadora, o condenado tornava-se objeto de um «anathème irrévocable», que o degradava e impedia o seu «retour à la vertu»⁽¹³⁶⁾. Alguns juristas brasileiros reverberavam essas críticas que existiam na Europa, relacionando-as, ademais, com a futura integração dos escravos no desejado mundo pós-abolição do regime servil. Na França, em 1832 e 1848, o *carcan* foi abolido como pena principal e acessória, respectivamente⁽¹³⁷⁾. Mas o anátema também é astuto. O historiador Francesco Migliorino chamou a atenção para os «*signi di un'inquietante continuità*»⁽¹³⁸⁾ entre passado e presente no que fiz respeito à infâmia. De qualquer forma, mesmo se a ideia de continuidade soar forçada tendo em vista as distâncias entre a atualidade e, digamos, o medievo, ainda é pertinente questionarmos, por exemplo, se as novas conexões entre justiça criminal, mídia e redes sociais não estariam criando originais e perniciosas formas de estigma. Por tudo isso, o fim que a lei de 1886 assinala não nos deve fazer perder de vista essas outras histórias.

Adolphe Prins, penalista belga conhecido e lido pelos brasileiros, ainda se lamentava em 1899 da presença dos açoites como pena para certos tipos de roubo na Inglaterra e na Irlanda, para furto na legislação de Montenegro, como pena disciplinar na Inglaterra, na Irlanda, na Dinamarca e na Suécia para adolescentes, e, finalmente, como «*mesure disciplinaire dans certaines prisons des États-Unis, d'Angleterre, d'Allemagne, de Russie*». Uma pena corporal «*indigne d'une nation civilisée*», acrescentou Prins a título de finalização⁽¹³⁹⁾. Todavia, apontar nódoas na legislação de

⁽¹³⁵⁾ A. CHAUVEAU, F. HÉLIE, *Théorie du code pénal tome premier*, Paris, Cosse, Marchal et Billard, 1872⁵, pp. 94-95.

⁽¹³⁶⁾ *Ibid.*, pp. 155-156.

⁽¹³⁷⁾ *Ibid.*, p. 152 e ss.

⁽¹³⁸⁾ F. MIGLIORINO, «*La Grande Hache de l'histoire*». *Semantica della fama e dell'infamia*, in *Fama e vox publica nel medioevo*, Atti del convegno, Ascoli Pieno, 3-5 dicembre 2009, a cura di I. L. Sanfilippo e A. Rigon, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medioevo, 2011, p. 5.

lugares tidos como o âmago da civilização não pode ser entendido exatamente da mesma maneira quando nos deslocamos para um país considerado periférico como o Brasil. Tanto na Europa quanto na América do Sul, civilização podia indicar um estágio alcançado em relação ao Outro (povos considerados primitivos ou bárbaros) ou um processo em construção da própria sociedade sobre a qual se falava. Todavia, o Brasil também era uma espécie de Outro em relação à Europa, espelho de civilização, núcleo do «concerto das nações civilizadas». Por isso, não surpreende a preocupação de alguns em «desculpar» o legislador brasileiro de 1830 pela mancha do artigo 60 através da comparação com países europeus. Não poderíamos ser tão «únicos» assim. Aqui é possível vislumbrar uma espécie de contaminação entre a civilização como ferramenta para classificar o Outro e como instrumento de crítica das próprias instituições.

Penalística civile, civilização. Simplesmente transportar para o contexto brasileiro o conceito sbricoliano seria um claro equívoco. Todavia, ele nos ajudou a perceber que, nas bordas de uma literatura jurídico-penal centrada no comentário aplicacionista da lei estatal, os juristas brasileiros oitocentistas não esqueceram que o direito penal era passagem obrigatória para a construção — inclusive em termos de imagem internacional — de uma sociedade «christã» e «civilizada». Nas franjas do gênero exegético, foi possível surpreender, nos discursos em torno da pena de açoites, uma espécie de empenho cívico disperso, mesmo que, várias vezes, despotencializado.

Os nossos juristas nunca se preocuparam em definir a palavra «civilização». Talvez por isso ela não fosse um termo propriamente da linguagem jurídica, mas uma ponte entre o discurso dos juristas e um imaginário social mais amplo. Dessa maneira, o conceito de civilização como «modelo» para a crítica da realidade engendrava antídotos contra o tendencial imobilismo suscitado, de um lado, pelo próprio gênero literário comentário, e, de outro, pela confiança progressista nos rumos da história, igualmente ínsita ao conceito de civilização como um estágio desse processo.

(139) A. PRINS, *Science pénale e droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Marescq, 1899, pp. 415-416.

CARLOS PETIT

ESPAÑOLAS GADITANAS
En recuerdo de António M. Hespanha

Mirad en fin... ¡Oh escenas de terneza!
Mirad al sexo debil y adorado
Animar con su encanto y su belleza
Del ciudadano libre el pecho osado.
Las esposas, las madres con fiereza
Estas voces repiten á su amado:
Ser libre ó perecer: que si cedieres
Al yugo vil, jamas mi amor esperes

El Zurriago (Madrid), nº 13 (1822), p. 11.

1. ¿Se habla en masculino porque se elimina el femenino? — 2. ¿Muertas por ser meramente individuos? — 3. ¿Bajo autoridad del padre, y no por sí misma, era española la mujer? — 4. ¿A Mariana Pineda realmente la movía el amor enajenado por un varón?

¿Tuvo la Constitución Política de la Monarquía española [CPME] una *cara oculta*? En 1987 Bartolomé Clavero nos dio una respuesta afirmativa ⁽¹⁾. Según este autor, el *sexo* — hoy habría escrito *género* ⁽²⁾- fue una opaca circunstancia que recorría la carta

(1) Bartolomé CLAVERO, *Cara oculta de la Constitución: sexo y trabajo*, en «Revista de las Cortes Generales» 10 (1987), p. 14.

(2) Cf. Bartolomé CLAVERO, *Cádiz 1812: antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución*, en «Quaderni fiorentini», 42 (2013), p. 232. Sin incidir en polémicas me resulta útil emplear ahora la palabra 'sexo' con un significado biológico (que además, quierase o no, es un elemento de peso en la configuración social del 'género'), reservando este último término para los morfemas que clasifican adjetivos y sustantivos según las tres categorías gramaticales de mi lengua materna castellana: neutro, femenino, masculino.

de 1812 y comportaba la discreta y completa privación de libertades para la mujer. A comenzar por la definición misma del (individuo) *español*: « todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos » (art. 5, 1º CPME). Muestra de un empleo, en absoluto inocente, del masculino gramatical: « se dice *hombre* porque se excluye a la mujer; se habla en masculino porque se elimina el femenino; se predica un sujeto *español* porque no se considera siquiera la posibilidad de que la española entre ». Así las cosas, bajo el régimen gaditano « no eran las mujeres directamente *Nación*, sino *familia* »⁽³⁾.

Las anteriores afirmaciones partían de la ceguera historiográfica ante la identidad del sujeto constitucional en las principales obras disponibles, como eran todavía las aportaciones generales de Luis Sánchez Agesta (1955) y Eliseo Aja — Jordi Solé Tura (1977). Al cabo llegaron las exposiciones del propio Clavero y afloró, de forma incidental, la cuestión que nos ocupa. Tengo presente la lucidísima *Evolución histórica del constitucionalismo español* (1984), donde leemos sobre las libertades positivas en Cádiz que « se priva de voto a quienes presuntamente no gozaban de autonomía social o cultural: la mujer, el ‘sirviente doméstico’ y el analfabeto, aun aplazándose durante algunos años este último requisito »⁽⁴⁾. De esos grupos marginados la *Evolución* tocó el segundo (cf. pp. 44-45), y una reseña de Alicia Fiestas, moderadamente crítica, le brindó la ocasión para insistir en el estatuto constitucional del trabajador gaditano⁽⁵⁾. Al ‘sirviente doméstico’ de ciudadanía suspendida (art. 25, 3º CPME), para Clavero cualquier asalariado en realidad, le acompañó después el no-sujeto femenino. En aquellos años Ochenta, cuando se descubría en España el *sexismo* del lenguaje⁽⁶⁾, cuando se ultimaba en Francia la *Histoire*

⁽³⁾ CLAVERO, *Cara oculta de la Constitución*, cit., p. 15.

⁽⁴⁾ Se aludía claramente al art. 25 CPME; cf. *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 37. No veo atención similar en el *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989.

⁽⁵⁾ Cf. Bartolomé CLAVERO, *Evolución histórica...*, en « Anuario de Historia del Derecho Español » [AHDE], 55 (1985) (Alicia Fiestas Loza); Id., *Amos y sirvientes, ¿primer modelo constitucional?*, en *ibíd.* 56 (1986).

⁽⁶⁾ Y se dice *sexista* del lenguaje « que ignora a la mujer, o la homologa al

des femmes en Occident y surgían por doquier nuevos campos de estudio ⁽⁷⁾, los tiempos parecían maduros para continuar los análisis en esta dirección inédita ⁽⁸⁾. Lo estaban, desde luego, para que las intuiciones de Clavero influyeran de inmediato en una literatura histórica — constitucional y feminista — que las asumí como postulado ⁽⁹⁾. Las aportaciones más recientes del autor reafirman, en lo principal, sus conclusiones primeras ⁽¹⁰⁾.

hombre, o la representa como una excepción; una lengua usada de tal modo que excluye u oscurece a algunos sujetos sociales, [y] no sólo representa lingüísticamente la negación de los mismos, sino que contribuye a la reproducción y permanencia de prejuicios comunes», cf. Margarita TAPIA-ARIZMENDI, Patrizia ROMANI, *Lengua y género en documentos académicos*, en «Convergencia. Revista de Ciencias Sociales», 59 (2012), p. 70. Pero se trata de una expresión — acaso demasiado rápida — que mezcla lenguaje, lengua y uso lingüístico: si éste puede caer en el vicio del sexismo, difícilmente lo hace, por su abstracción, aquél: Araceli LÓPEZ SERANA, *Usos lingüísticos sexistas y medios de comunicación. En torno al denostado masculino genérico*, en *La mujer en el espejo mediático. Sexo, género y comunicación*, Sevilla, Asociación universitaria Comunicación y Cultura, 2011.

⁽⁷⁾ No es casual que la *Histoire des femmes* fuera una suerte de extensión de la previa *Histoire de la vie privée* impulsada por Philippe Ariés y Georges Duby (1, 1986 — 6, 1999).

⁽⁸⁾ Pero la *Histoire des femmes* marginó la ciudadanía y la correspondiente posición del sujeto político greco-latino: cf. G. DUBY, M. PERROT, *Histoire... I: l'Antiquité*, sous la direction de P. Schmitt Pantel, en «Revue des Études Anciennes», 93 (1991) (Claude Mossé). Sobre el sexismo lingüístico en España, Christina OSSENKOP, *Sprachpolitisch induzierter Sprachwandel und präskriptive Normen: Das Beispiel der Feminisierung von Titeln, Amts-, Funktions- und Berufsbezeichnungen in Frankreich und Spanien*, en *Sprachen und Normen im Wandel*, Georgia Veldre-Gerner, Sylvia Thiele (Hrg.), Stuttgart, Ibidem Verlag, 2014, 57-76.

⁽⁹⁾ Entre la primera especie, por ejemplo José María PORTILLO VALDÉS, *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000, p. 395; Hirotaka TATEISHI, *La Constitución de Cádiz de 1812 y los conceptos de Nación/Ciudadano*, en «Mediterranean World», Hitotsubashi University, 2008, en línea; María Pilar HERNÁNDEZ, *El concepto de nación y ciudadano en la Constitución de Cádiz*, en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013; con cautelas, Carmen SERVÁN, *Los derechos en la Constitución de 1812: de un sujeto aparente, la nación y otro ausente, el individuo*, en AHDE, 81 (2011), p. 222. Para la historia de género, Irene CASTELLS OLIVÁN, Elena FERNÁNDEZ GARCÍA, *Las mujeres y el primer constitucionalismo español*, en «Historia Constitucional» [HC], 9 (2008), con una primera, larga nota de balance historiográfico que abría precisamente la 'cara oculta' de Clavero;

1. *¿Se habla en masculino porque se elimina el femenino?*

Que la mujer gaditana, a pesar del moderado ruido de la *querelle de sexes* en nuestras latitudes⁽¹¹⁾, padecía bajo siglos de dominación patriarcal es cosa que no puede refutarse, y la opinión de Clavero tuvo el mérito de lanzar la duda sobre el sujeto de 1812, lo que ayudará a comprender mejor ese texto constitucional en conjunto. Pero su lectura del art. 5, 1º CPME⁽¹²⁾ puede y debe revisarse.

La hipótesis anterior se fundaba sobre dos alegaciones. Tenemos, en primer lugar, la afirmación del masculino genérico que usaron las Cortes como una *condición excluyente* de la mujer, esto es: «se dice *hombre* porque se excluye a la mujer». La exégesis propuesta sostiene que el lexema *español* allí empleado marcaba sólo a los hombres, para establecer seguidamente su pertenencia a la nación constituida («la reunión de todos los españoles de am-

Gloria ESPIGADO, *Mujeres y ciudadanía en el primer liberalismo*, en «Revista HMIC: història moderna i contemporànea», 1 (2003); de la misma, *El discurso republicano sobre la mujer en el Sexenio Democrático, 1868-1874: los límites de la modernidad*, en «Ayer», 78 (2010). Cf. también Inmaculada SIMÓN JUÁREZ, *Mujer: Asociaciones y Sindicatos. España 1875-1939*, Madrid, Sanz y Torres, 2014, p. 131 y ss.

⁽¹⁰⁾ Cf. *Hemisferios de ciudadanía. Constitución española en la América indígena*, en *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, José Álvarez Junco, Javier Moreno Luzón (eds.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; últimamente, CLAVERO, *Cádiz 1812*, cit., p. 238 y ss.

⁽¹¹⁾ Francisco Javier RODRÍGUEZ BARRANCO, *Asunto de mujeres. Tertulias literarias en el Cádiz constituyente*, en Luis Palacios Bañuelos, Ignacio Ruiz Rodríguez, *Cádiz 1812. Orígenes del constitucionalismo español*, Madrid, Dykinson, 2013. Cf. Gloria FRANCO RUBIO, *Las mujeres en el debate social sobre los matrimonios en la España del siglo XVIII*, en «La Aljaba», Segunda época, 19 (2015).

⁽¹²⁾ Según dos criterios. Primeramente, «la lectura más literal en busca de la inteligencia más palmaria», y sin duda la afirmación, a propósito del art. 5, 1º CPME, según la cual el constituyente gaditano «habla en masculino porque se elimina el femenino» responde a esta receta. El segundo criterio, más atendible, aconseja «sobre todo no leer como habitualmente lo hace la historiografía de unos tiempos contemporáneos, presuponiendo que las palabras ya significan sin mayor problema lo mismo que hoy, para el pasado como para el presente». Cf. CLAVERO, *Hemisferios de ciudadanía*, cit., p. 103.

bos hemisferios», en los términos del art. 1 CPME), dejando fuera a las mujeres del flamante ente soberano (cf. art. 3 CPME). Y sin embargo ¿cabe pensar en el uso de un lenguaje (algo más) inclusivo a inicios del siglo XIX? ⁽¹³⁾ No concedo demasiada importancia a la vieja tradición de emplear el género masculino «en lo que mandan las leyes» — ¿también la ley constitucional? — pues connotar de tal forma el sexo femenino («decimos [...] casados, solteros, hijos, extranjeros, domiciliados, y transeuntes, comprendiendo en estas dicciones á las mugeres casadas, solteras, hijas, extranjeras, avecindadas, y transeuntes») solamente traslada al terreno de la expresión jurídica una norma sistémica de la lengua castellana ⁽¹⁴⁾. Me limito a recordar que la *regula iuris* del Digesto («hominis appellatione tam foeminam quam masculum contineri non dubitantur», D. 50.16.152), presente también en las Partidas (P. 7.33.6), circuló en el Cádiz de las Cortes gracias a la obra de Ramón Lázaro de Dou y Bassols, diputado catalán y primer presidente de la célebre asamblea ⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, como el mismo Dou sabía perfectamente, «no tiene lugar esta regla, quando hay razon de coartar la inteligencia al sexô masculino». Que el art. 5, 1º CMPE deprimió el estatuto de la mujer, oculta en la Constitución, es la conclusión de Clavero, reforzada con un segundo argumento que se toma de la principal fuente — la única fuente — en que apoya sus interpretaciones. Me refiero al título «Del sexo para gozar de los derechos y para someterse a las obligaciones», esto es, los arts. 71-75 de un proyecto parlamentario de Código civil, parcialmente publicado a fi-

⁽¹³⁾ Que la lengua es terreno de consensos y no de voluntades singulares se deduce a partir de la voluntariosa Lidia BECKER, *Gltopolítica del sexismo: ideologemas de la argumentación de Ignacio Bosque y Concepción Company Company contra el lenguaje inclusivo de género*, en «Theory Now», 2 (2019), 2.

⁽¹⁴⁾ «En la categoría morfológica de ‘género’ el término extensivo es el ‘masculino’, y el marcado, el ‘femenino’ [...] De este modo, se hace alusión a los integrantes de la clase designativa al margen de la subclasificación por sexos». Cf. Javier SAN JULIÁN SOLANA, *Consideraciones glotológicas en torno al femenino genérico*, en «Verba Hispanica», 25 (2017), pp. 119-120.

⁽¹⁵⁾ Ramón LÁZARO DE DOU, *Instituciones del derecho público general de España...*, I, Madrid, oficina de don Benito García, y compañía, 1800, p. 97, de donde tomo las frases entrecomilladas.

nales de 1821. «Aun no sin previsión de excepciones», escribía el autor, «éstas son las reglas que encontramos entre sus artículos: ‘La ley excluye a las mujeres de los cargos públicos y de los de depositaria, administración de cosas ajenas, tutela y curaduría [...]’; ‘la mujer casada no puede contraer obligación civil entre vivos sin permiso del marido’; ‘las mujeres pueden comparecer en juicio’ sólo en casos precisos y contados, ‘no estando bajo la potestad patria, marital ni tutelar’». Añado por mi parte la acusada postración femenina que palpitaba en las normas sobre el matrimonio: obediencia al marido (art. 311), protección marital sobre la mujer (art. 312) — los dos elementos del mandato *ad Ephesios* (5.22)⁽¹⁶⁾ — más las incapacidades derivadas del *status familiae* para comparecer en juicio (art. 314), para tener domicilio propio (art. 313), en fin, para obligarse (art. 315). Por nada decir de las bodas celebradas *in facie ecclesiae* con respeto a los impedimentos canónicos (art. 306), de la duración vitalicia del vínculo (art. 331), del *ius corrigendi* del marido — jefe omnímodo de la casa — especialmente severos en ciertas circunstancias⁽¹⁷⁾.

El tratamiento diverso que las Cortes dispensaban en razón del sexo afloró con fugaz claridad al debatirse el adulterio en el Código penal⁽¹⁸⁾. La cuestión residía en la pérdida de derechos de

⁽¹⁶⁾ «Esta dependencia [de la mujer] está en el orden natural de las cosas, puesto que el más débil dependerá siempre del más fuerte [...] sin él la debilidad de la mujer estará expuesta á la seducción, al engaño, y a todos los males que o no sabe o no puede precaver», cf. *Los trabajos de la vida*, en «Periódico de las Damas» (Madrid), 6 de mayo, 1822, nº 18, p. 20.

⁽¹⁷⁾ El art. 569 del Código penal (1822) extendió a la esposa el régimen previsto para los hijos por las faltas (vagamente) tipificadas en el art. 561 (ausencia de la casa sin licencia, exceso grave, desacato, mala inclinación), con reclusión máxima de un año en institución correccional elegida por el marido dándose reincidencia (art. 570, que nuevamente seguía lo fijado para la prole: art. 562), pero la comisión de adulterio extendía la reclusión hasta los diez años a juicio del ofendido (art. 683). Por eso, el mismo Código (cf. art. 27, 6^o) ordenó que el marido era civilmente responsable de los actos cometidos por su mujer, «en cuanto alcancen los bienes que correspondan á [esta], inclusa la mitad de gananciales».

⁽¹⁸⁾ «La muger casada que cometa adulterio», establecía el art. 683 del proyecto, «perderá todos los derechos de la sociedad marital, y sufrirá una reclusion por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de diez años. Si el marido muriere sin haber pedido la soltura, y faltare mas de un año para cumplirse el término

la adúltera sobre los bienes de la comunidad familiar y se lanzó por el deán López Cepero, diputado de Sevilla, partidario de aplicar al marido infiel esa misma solución⁽¹⁹⁾. «Es la cosa más injusta del mundo que después de haber dado la ley unos derechos tan grandes al marido, y pudiendo verificarse, y verificado en efecto, que éste cometa adulterio con tanta ó más frecuencia que la mujer, todavía se le dé acción á despojarla de todos los derechos de la union marital, en los cuales se incluyen precisamente los bienes, quiero decir, el caudal que haya podido producir el dote de la mujer, mientras que á ésta no se le conserva derecho ninguno para repetir contra el adúltero. ¿A qué principios de justicia podrá estar arreglada esta ley?», se preguntó finalmente Cepero, «¿cómo podrá dictarse una ley en que se supone á la mujer de muy inferior condicion, puesto que se le niegan todos los derechos que se dan á su consorte?». La respuesta displicente de Andrés Crespo, representante por Burgos, abortó un interesante debate, desviado a otros extremos: «á la mujer no se le pueden dar en todo iguales derechos que al marido, porque habiendo de ser uno cabeza de la familia, la ley ha querido que lo sea el marido». Y así se aprobó.

¿Qué decir si la parte femenina encabezaba la familia? Las circunstancias anteriormente recogidas, expresión codificada de un régimen discriminatorio que venía de antiguo⁽²⁰⁾, describen con precisión la posición de la perfecta casada en el horizonte cultural de Cádiz, mas orillan el supuesto de la mujer autónoma, mayor de edad y soltera. El proyecto de Código civil contenía dos previsiones de cierto interés. De un lado, en la línea del Digesto y las Partidas, la definición de la patria potestad en su art. 370 advertía

de la reclusion, permanecerá en ella la muger un año después de la muerte del marido, y si faltare menos tiempo acabará de cumplirlo». El precepto — aún se extendía al complice, pero eso no nos afecta — pasó tal cual a la ley definitiva.

(19) Cf. *Diario de sesiones de las Cortes generales y extraordinarias* [DSS], Madrid, Impta. de Juan Antonio García, 1870 ss., sesión 30 de enero, 1822, pp. 2065-2067.

(20) Por ejemplo, MARÍA JOSÉ MUÑOZ GARCÍA, *Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada, 1505-1975*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 1991; de la misma, *La condición de la mujer casada en Indias*, en «Anuario de la facultad de Derecho», 9 (1991).

que «bajo el nombre de padre, se comprenden el padre y la madre», aunque esta previsión resultaba más bien superflua ya que, en un párrafo posterior, sus redactores admitían el ejercicio materno de la patria potestad solamente «en defecto del padre por su muerte, ausencia ó incapacidad». De otro lado, el art. 56 preveía la recuperación de «los derechos inherentes á la calidad de español» por «la mujer española [...] pasando al estado de viuda, si reside en el territorio de las Españas; pero solo desde esta época y sin efecto retroactivo». En este supuesto de viudedad como, en general, tratándose de una mujer sin dependencia masculina el proyecto no fijó límites a su capacidad civil; tampoco perdía («salvo si la ley exige específicamente la calidad de *varon* en el testigo») la facultad de prestar testimonio y de hacer fe en los contratos, aunque tuviera vedado — no es poco — ejercer cargos y cargas públicas (art. 71, otra vez «salvo los casos en que la misma ley dispone literalmente otra cosa»). Más temprana la edad de la ‘hembra’ que la del ‘varón’ para contraer matrimonio (art. 60: catorce y dieciséis años) y otorgar testamento (art. 61), «ambos sexos» salían de la tutela a los veinte (art. 62) y con esta edad estaban igualmente autorizados para comprometerse ante terceros «por contrato, casi-contrato ó casi-delito» (art. 65, «obligaciones tanto principales como accesorias»). No se establecía, pues, una asistencia paterna. En la práctica no faltaron las dispensas de edad concedidas por las Cortes a jóvenes mujeres reputadas hábiles — como María de los Dolores Cevallos (1822), «vecina de la Campana provincia de Sevilla [...] en atencion á las buenas prendas, instruccion y capacidad de que está adornada esta interesada» — para gestionar de modo autónomo sus propios recursos⁽²¹⁾.

Cosa por completo diversa resultaría proyectar las terribles limitaciones derivadas del matrimonio al art. 5, 1º CPME y concluir, sin más, en sugerencia de Clavero, que «no eran las mujeres

⁽²¹⁾ *Archivo del Congreso de los Diputados* [ACD], Serie general, leg. 35, expte. 18 (29 de junio, 1822). También rogó autorización del congreso para hacerse con la legítima materna y conducir su vida «con la independencia que apetece» una Casilda Guemes, de Villaverde de Peñaranda (Burgos), *ibid.* leg. 35, expte. 151 (30 de noviembre, 1822).

directamente *Nación*, sino *familia*». Nadie discute que junto a, o bajo de, la Constitución gaditana subsistía el viejísimo gobierno patriarcal dotado de su propia ‘constitución’, condensada en textos tan difundidos como *La familia regulada con doctrina de la Sagrada Escritura...* (1739) del franciscano aragonés Antonio Arbiol; un conocidísimo tratado sobre el régimen doméstico que preservaba, entre pasajes bíblicos y ejemplos de doctrina, las estructuras y jerarquías más tradicionales⁽²²⁾. Pero sería excesivo limitar el estudio a esta clase de discursos sobre mujeres sometidas a la severa mirada del *pater*, aisladas en la casa familiar sin trato de amigas ni lecturas vanas, dedicadas exclusivamente a tareas honestas, misas, rezos y caridades⁽²³⁾. Generada *praeter legem* por un *padre* español pero ella misma no nacid[o] ni avencidad[o] en el territorio de las Españas, según afirmaba Clavero la mujer gaditana no pertenecía a la nación española. Mas no se deducían las posibles consecuencias. Por ejemplo, ¿podía practicar la religión que fuera de su agrado, ya que «la católica, apostólica y romana, única verdadera» (art. 12 CPME) era el credo oficial de una nación que no la incluía? Al menos, cuando la bautizada dejase el catolicismo sufriría con total indiferencia el castigo de perder una condición — me refiero a la naturaleza española — que, en rigor, nunca habría disfrutado⁽²⁴⁾. ¿Se encontraban entonces las mujeres libres de cumplir los deberes de amar a la patria (art. 6 CPME), ser fieles a la Constitución y obedecer las leyes (art. 7 CPME), contribuir proporcionalmente a las cargas fiscales (art. 8 CPME), incluso de-

(22) Fr. Antonio ARBIOL, *La familia regulada, con doctrina de la Sagrada Escritura y Santos Padres de la Iglesia católica, para todos los que regularmente componen una casa seglar, á fin de que cada uno en su estado, y en su grado, sirva á Dios, nuestro Señor con toda perfeccion, y salve su alma*, con ediciones poco antes (Madrid, Eusebio Alvarez, 1805) y poco después (Madrid, Vda. de Barco López, 1825) de la carta gaditana.

(23) *Ibid.* (ed. 1805). p. 55 y ss. «De la sujecion y afectuosa obediencia que debe tener la muger á su marido; y quanto debe complacerle, estimarle y honrarle»; p. 412 y ss. de «Advertencias á los padres para la buena crianza de sus hijas y para darles estado».

(24) Pues el apóstata, según el art. 233 del Código penal de las Cortes, «será considerado como no español», declaración que llevaba aparajedada la pena de infamia (art. 28).

fender la patria con las armas (art. 9 CPME)? Y finalmente, ¿gozaban de los derechos «legítimos de todos los individuos» que componían una nación para ellas derivada o remota, en particular la libertad civil y la propiedad (art. 4 CPME)?

«Las palabras no son inocentes», escribió Clavero en 1987 (p. 15); «los derechos aparecen como *del hombre* precisamente porque no lo son de todo el género humano, de todos los individuos o, para que entre un femenino, personas; no son *derechos humanos*». De modo menos cursorio, años después el mismo autor precisó que «española era la mujer por relación al español, bajo cuya autoridad familiar se situaba», si bien «españolas de entrada tampoco había»⁽²⁵⁾. Una aproximación menos pesimista ofreció Jesús Vallejo en un notable estudio sobre la muerte civil, donde trataba a contraluz del sujeto constitucional⁽²⁶⁾. Consecuencia de la deportación y de otros severos, similares castigos (cf. art. 53, Código penal de 1822), esa rara modalidad de defunción ocupaba el art. 81 del proyecto de Código civil hace poco recordado; según su texto, la privación de los derechos *civiles* que imponían ciertas penas no alcanzaba a los llamados derechos *individuales*, entendidos como los alimentos, la propiedad y disposición del trabajo prestado durante la condena, la libertad que fuese con ella compatible y, en fin, la testamentifacción activa en un plazo legalmente previsto. La distinción entre derechos *civiles* y derechos *individuales* parecía iluminante, pues si los primeros eran propios de los españoles, esto es, se trataba de derechos derivados de la adscripción individual a la corporación nacional⁽²⁷⁾, los simplemente *indi-*

⁽²⁵⁾ Cf. CLAVERO, *Hemisferios de ciudadanía*, cit., p. 105, p. 111.

⁽²⁶⁾ *Indicio liberal de la muerte civil. El proyecto de Código de 1821 y la definición del sujeto de derechos*, en «Historia Contemporánea», 33 (2006).

⁽²⁷⁾ Para PORTILLO, *Revolución de nación*, cit., p. 393, «la dimensión realmente interesante para los derechos de los individuos españoles, no era la individual, sino la de miembros de una comunidad nacional», lo que dejaba en el aire la posición de los no-españoles en suelo de las Españas; en esta misma línea Jesús Vallejo destacaba la coherencia de la muerte civil, al cancelar la adhesión a la corporación nacional y por ende los derechos civiles del condenado, como enseñaba Portillo. Me permito precisar — ante el silencio de Portillo — que la naturaleza corporativa de la nación en el primer liberalismo venía siendo advertida, en relación con Francia, por Lucien JAUME, *Citoyenneté et souveraineté: le poids*

viduales serían «los [derechos] que corresponden al individuo del que nadie depende, al individuo en el más estricto sentido del término, a la unidad última del orden social». Sobre esa base no era difícil considerar que las personas ajenas a la nación (para el caso, las mujeres) venían a ser ‘muertos civiles interiores’, pobres «muertos por ser meramente individuos, que podrían ver su situación contemplada en términos muy similares a las del párrafo segundo del artículo 81», esto es, los *derechos individuales* que no quitaba aquel extraño fallecimiento punitivo⁽²⁸⁾.

2. ¿Muertas por ser meramente individuos?

No me detengo a debatir el contenido jurídico de la muerte civil en el proyecto de Código de 1821, cuyas consecuencias fijó — en términos generosos — el posterior y vigente Código penal (1822); tampoco interesa la supuesta expulsión del condenado de la nación española (una tesis que casa mal con la recuperación parcial de derechos según lo previsto en ley penal recordada, art. 144)⁽²⁹⁾, pues conviene volver sin distracciones a la mujer gaditana y al art. 5, 1º CPME con la pretendida exclusión en razón del sexo. Si admitimos por un momento que «el incalculable rendimiento comunicativo del masculino genérico consiste, precisamente, en que permite sortear la alusión al sexo cuando la diferenciación sexual no es pertinente para el sentido del enunciado»⁽³⁰⁾, estaremos en condiciones de compulsar mejor la hipótesis expuesta.

Para comprobar la pertinencia de una diferenciación en los enunciados ¿genéricos? de 1812 una primera estrategia, sin duda clásica para esta clase de documentos, aconseja leer los debates constituyentes. No da mucho de sí cuanto dijeron los diputados

de *l’Absolutisme*, en *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, K. M. Baker (ed.), Oxford, Pergamon Press, 1987, 515-534.

⁽²⁸⁾ VALLEJO, *Indicio liberal de la muerte civil*, cit., p. 603, conclusiva.

⁽²⁹⁾ Cf. Carlos PETIT, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la Codificación*, Madrid, Dykinson — Universidad Carlos III de Madrid, 2019, p. 210 y ss.

⁽³⁰⁾ SAN JULIÁN, *Consideraciones glotológicas*, cit., p. 120.

de Cádiz sobre el art. 5, 1º CPME (art. 6, 1º del proyecto constitucional), pues se centraron exclusivamente en el nacimiento en territorio de las Españas — este punto había causado problemas cuando se formaron las Cortes generales y extraordinarias — sin repararse en el sexo de los nacidos⁽³¹⁾. ¿Otra omisión? ¿Más silencios? Basta seguir leyendo el periódico de la asamblea para encontrar nuestro asunto agazapado en la discusión del art. 22 CPME. Respondiendo a las reticencias de los americanos, atentos al estatuto ruín de los afroespañoles (libres) — como se recordará, estaban privados de la ciudadanía salvo concesión reglada de las Cortes — una intervención de Diego Muñoz Torrero justificó la distinción entre los meros españoles y los ciudadanos *optimo iure*, con argumentos que vale la pena recordar. «La comision [de Constitución] llama españoles á los que gozan de los derechos civiles, y ciudadanos a los que al mismo tiempo disfrutan de los políticos [...] La justicia, es verdad, exige que todos los individuos de una misma Nacion gocen de los derechos civiles; mas el bien general, y las diferentes formas de gobierno, deben determinar el ejercicio de los derechos políticos [...] *Pero si llevamos demasiado lejos estos principios* de lo que se dice rigurosa justicia sin otras consideraciones, *seria forzoso conceder á las mujeres con los derechos civiles los políticos*, y admitirlas en las juntas electorales y en las Córtes mismas»⁽³²⁾. La naturaleza española de la mujer y la consiguiente titularidad de los derechos (civiles), que nadie vinculó entonces a su condición doméstica⁽³³⁾, resultaba tan palmaria como también lo era su exclusión — valía lo contrario *ad absurdum* — del estamento ciudadano.

Cuando tocó el turno del art. 29 CPME los constituyentes fueron todavía más explícitos. Como se recordará, la norma fijaba como fundamento de la representación nacional «la poblacion

⁽³¹⁾ Cf. DSS 31 de agosto, 1811, pp. 1734-1735.

⁽³²⁾ DSS 6 de septiembre, 1811, p. 1790.

⁽³³⁾ Como antes se vio, la posición marginal de la mujer, inevitable en 1812, se acentuaba por la circunstancia del constante matrimonio (y, junto a sus hermanos varones, por la dependencia del padre de familia durante la menor edad), un vínculo vitalicio que — predicaban los afrancesados (de sexo masculino) desde el «Periódico de las Damas» (1822, nº 1, pp. 9-19) — «es el estado natural de una muger».

compuesta por los naturales que por ambas líneas sean originarios de los dominios españoles», lo que incluyó otra vez al sexo femenino⁽³⁴⁾. «Las mujeres no son electores ni elegibles», reconoció Joaquín Fernández de Leyva, diputado por Chile y uno de la comisión constitucional, «y tampoco los que estén suspendidos de los derechos de la ciudadanía, y los que los han perdido; sin embargo, todas estas personas entran en el censo, *porque constituyen la nación*, y porque la privación de poder representar no envuelve la de poder ser representado. De consiguiente si las contribuciones de la ciudadanía no quitan *el carácter español* á todas las clases libres, y *si estas integran el cuerpo nacional*, se deduce precisamente que todas, sin distinción alguna, deben ser representadas». Que las mujeres, como esos otros *españoles* privados de derechos políticos, «constituían la nación», sin derivación de posiciones masculinas; que en efecto se encontraban «integradas en el cuerpo nacional», lo proclamó luego Florencio del Castillo, diputado guatemalteco. «Bastará ser español, ser *individuo de la Nación*, y componer parte de su población. La misma Constitución en los artículos aprobados me suministra pruebas para confirmar esta verdad; las mujeres no son ciudadanos, y sin embargo entran en el censo [...] con que es claro que *no es la cualidad de ciudadano, sino la de español*, la que debe considerarse al formar la base de la representación nacional»⁽³⁵⁾. Poco importa ahora que estas manifestaciones incluyentes nacieran entre quejas por la postergación de las ‘castas’ americanas (art. 22 CPME) y el consiguiente propósito de arañar unos cuantos diputados al otro hemisferio — cicatero cálculo, protestó Miguel Ramos Arizpe, «degradante de la humanidad civilizada, opuesto á las bases principales de la Constitución»⁽³⁶⁾ — pues la discriminación de los españoles de estirpe africana, iniciada con el impolítico art. 22, dejó al menos claro que la mujer — europea, amerindia y, según para qué, ‘africana’ — había sido contemplada en el art. 5, 1º y le resultaban aplicables las

(34) DSS 14 de septiembre, 1811, p. 1844 (cursivas mías aquí, y en lo que sigue).

(35) *Ibid.*, p. 1847.

(36) *Ibid.*, p. 1845.

circunstancias para adquirir la naturaleza española. De las posiciones insinuadas, cabe concluir entonces que el vocablo *español* funcionaba ahí como un término epiceno.

La consulta del *Diario de Sesiones* se refuerza con los periódicos de la época; parece lectura inexcusable, toda vez que la historiografía jurídica (y no sólo) tiene aún mucho que avanzar en este terreno⁽³⁷⁾. Sabemos por ejemplo que Javier de Burgos trató el término-concepto *Ciudadano* en su «Miscelánea de comercio» para explicar, apoyado en Aristóteles, la distinción entre los derechos «privados y públicos, ó sea [...] civiles y políticos», y concluir que «nada es mas fácil que dejar los derechos privados en todos los individuos de la sociedad, sin distinción de edad ni de sexo, y reservar exclusivamente los derechos políticos á los varones padres de familia, y con la edad proporcionada, tanto para la madurez de la razón, como para el empleo de la fuerza, que el gobierno y la defensa del estado necesitan»⁽³⁸⁾. Algo más lejos se fue a raíz de la polémica surgida por la preterición de las mujeres en la Fontana de Oro. «¿El entendimiento es macho ó hembra?», se preguntó con esa ocasión la «Periódico-manía» (Madrid) en su n.º 29 (1821)⁽³⁹⁾. La respuesta pasó por el entendimiento expansivo del género masculino en la adscripción nacional del sexo femenino, aun en el tono que era de esperar tratándose de un semanario satírico que ni podía ni pretendía superar siglos de adanismo⁽⁴⁰⁾. «A pesar de que las damas no sean ciudadanas, como

⁽³⁷⁾ CASTELLS OLIVÁN, FERNÁNDEZ GARCÍA, *Las mujeres y el primer constitucionalismo*, cit. Pero ahora contamos con Juan Francisco FUENTES, Pilar GARÍ, *Amazonas de la libertad. Mujeres liberales contra Fernando VII*, Madrid, Marcial Pons, 2014, con rica información, también de los periódicos, que me aprovecha en lo sucesivo.

⁽³⁸⁾ «Miscelánea de comercio» (Madrid), 7 de septiembre, 1820, p. 1.

⁽³⁹⁾ Sigo la secuencia que propone Enrique RUBIO CREMADES, *La Periódico-manía y la prensa madrileña en el Trienio liberal (II)*, en «Anales de Literatura española», 4 (1985), lo que lleva a situar el número 29 a inicios de enero, 1821. El comentario que leemos figura en la sección de opinión que los redactores titulaban «Entre col y col», *ibíd.*, pp. 11-15.

⁽⁴⁰⁾ «Por otra parte las damas son mas afectas al nuevo régimen, ya por ser nuevo, y ya porque no necesitan pretender, sino [...] maridos. Fuera de que una señora en tribuna, si es buena moza, antes de hablar persuade mas, que los oradores famosos después de haber hablado. Y últimamente, porque seria inhumano é injusto se-

no necesitan tal cualidad para escribir, imprimir y publicar sus ideas por concederse esta libertad á todo *español*, parece que no hay inconveniente en que se las deje charlar, que es menos que imprimir. Si se dijese de contrario que el artículo habla con los españoles, y no con las españolas, responderemos que el catecismo, hablando de los que van al limbo, tampoco menciona mas que á los niños que mueren sin bautismo, y no por eso dejarán de ir allá las niñas» (pp. 12-13), donde la reflexión sobre el alcance del masculino usado en la norma constitucional (cf. art. 371 CMPE) arrojaba un resultado inclusivo de las mujeres⁽⁴¹⁾. Además, si la famosa Fontana les cerraba las puertas, se las abría el café de la Cruz de Malta⁽⁴²⁾. Al fin y al cabo, para el ‘exaltado’ Juan Romero Alpuente, celoso defensor de aquellos concurridos círculos de activismo político, las sociedades patrióticas debían de ser una «cátedra universal abierta a todas las clases del pueblo, a todos los sexos y a todas las edades»⁽⁴³⁾.

llar los labios á nuestras defendidas, que es la pena mas cruel que pueda infligírseles», *ibíd.*, p. 13. Incluso las voces favorables a la mujer en el debate sobre el acceso a las sesiones parlamentaria («bien que tengan la debida separación con los hombres»), finalmente prohibido — no sin fuerte oposición: 57 votos contra 85 — en el Reglamento de las Cortes (1821), no salieron del argumento relativo al sexo masculino, en su más humilde expresión: cómo vetar la presencia femenina, exclamó el diputado Rovira, cuando el Reglamento permitía la de un esclavo (DSS 16 de marzo, 1821, p. 498 y ss.).

⁽⁴¹⁾ «Todos los *españoles* tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes» (cursivas mías). Y con tal alcance se invocó el precepto — desde posiciones antiliberales — por la famosa Frasquita Larrea por la censura sufrida por su folleto *Fernando en Zaragoza* (1814): la autora alegó «que el artículo 371 de la Constitución permitía la publicación ilimitada de ideas políticas». Cf. Marieta CANTOS CASENAVE, Beatriz SÁNCHEZ HITA, *Escritoras y periodistas ante la Constitución de 1812 (1808-1823)*, en HC, 10 (2009), p. 153.

⁽⁴²⁾ En tribuna habilitada «para las señoras que gusten concurrir á las sesiones», cf. FUENTES, GARÍ, *Amazonas de la libertad*, cit., p. 77.

⁽⁴³⁾ *Ibíd.*, p. 76. En un discurso pronunciado en la Sociedad Landaburiana (cf. «Indicador...», 5 de noviembre, 1822, p. 878) Romero opinó, a vueltas de la suspensión de un artículo constitucional, que «es bueno [que lo] sepan los hombres, es bueno que también lo sepan las señoras: ellas están tan interesadas como aquellos en la felicidad de la patria, y esta felicidad consiste en el cumplimiento de la Constitu-

«Entre col y col» la «Periodico-manía» había dejado claro que la mujer constitucional, ciertamente *española*, no necesitaba gozar de la ciudadanía para ejercer la libertad de expresión, y sin duda se tenía presente el caso de la periodista María del Carmen Silva, dicha la «Robespierre española» por sacar adelante *El Robespierre español*, periódico radical creado junto con su marido⁽⁴⁴⁾. Vuelta la Constitución en 1820, otros foros liberales — Alicante, Cartagena, Madrid, Barcelona, Ibiza — canalizaron, no siempre con separación de sexos, la vocación política del elemento femenino, pues «no es hilando ni cantando» — escribió una «Marisabilla» en protesta dirigida a «El Censor» — «como se aprende a apreciar los gobiernos representativos»⁽⁴⁵⁾. Emilia Duguermeur (Du Guermeur en el *Diario de Sesiones*), viuda del general Luis Lacy y convencida liberal aun bajo el gobierno absoluto que fusiló a su marido (1817), fue el alma de las tertulias políticas de Barcelona, donde organizó talleres para coser uniformes e incluso llegó a fundar un vistoso batallón de Lanceras, brazo armado de la Sociedad Patriótica de Milicianas, en defensa del régimen constitucional⁽⁴⁶⁾. Mayor resonancia alcanzó «la ciudadana Dña. María del Carmen Sardí», titular de la Cruz del Mérito y del «honroso

ción, y de aquí se infiere la necesidad de conocer todo lo que ella promete al pueblo español»: *vid.* Juan ROMERO ALPUENTE, *Historia de la revolución española y otros escritos*, II, ed. Alberto Gil Novales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 26-27.

⁽⁴⁴⁾ CANTOS CASENAVE, SÁNCHEZ HITA, *Escritoras y periodistas*, cit., p. 149 y ss.; Beatriz SÁNCHEZ HITA, *María del Carmen Silva, la Robespierre española: una heroína y periodista en la Guerra de la Independencia*, en *Heroínas y Patriotas. Mujeres de 1808*, Irene Castells Oliván et al. (coords.), Madrid, Cátedra, 2009. Cf. ahora FUENTES, GARÍ, *Amazonas de la libertad*, cit., pp. 50-51.

⁽⁴⁵⁾ Cf. MARISABILLA, *Señores redactores*, en «El Censor» (Madrid), 7 de abril, 1821, p. 435. La remitente, que aceptaba la postergación femenina en las Cortes, defendía empero la educación de la mujer, aunque sólo fuese por criar a la prole en los valores constitucionales.

⁽⁴⁶⁾ Jordi ROCA VERNET, *Emilia Duguermeur de Lacy, un liderazgo femenino en el liberalismo español*, en *Heroínas y patriotas. Mujeres de 1808*, cit., p. 384 y ss., que documentan el forcejeo de la viuda con las autoridades establecidas para sacar adelante planes tan rompedores. (Y supongo que la celebración del general ajusticiado por doña Emilia no le haría olvidar los malos tratos, el intento de bigamia y los muchos desprecios infligidos por su colérico marido).

distintivo del Siete de Julio», capitana honoraria por concesión de las Cortes («que han sabido premiar tantas veces á los españoles de ambos sexos, y aun á los extrangeros q[ue] han hecho servicios distinguidos á la Nacion»); una mujer destacada, y luego ferozmente perseguida, por haber exigido públicamente la deposición de Fernando VII en la turbulenta jornada del 20 de febrero, 1823⁽⁴⁷⁾.

Unos años antes, al amparo de la libre imprenta la «ciudadana F. S.» había reparado en la contradicción que encerraba admitir el ascenso de la mujer al trono de las Españas (arts. 174 ss. CPME) y no tolerarse siquiera su visita a las sesiones del congreso. «No pretendo que se nos ceda parte alguna en el gobierno, aunque la constitución no nos excluye», protestó la desconocida escritora; «esto sería querer introducir una innovación inusitada y que tendría demasiada oposición bien que infundada e injusta»⁽⁴⁸⁾. Este razonamiento, que explicaba la contención femenina en aras de la tradición — María Magdalena Fernández de Córdoba, una dama de alta cuna y avanzadas convicciones, nada dejó dicho sobre la posición jurídica de la mujer en el largo «Prólogo del Traductor» que acompañó su versión del tratado *Des Droits et des devoirs du citoyen* del abate Mably (1812)⁽⁴⁹⁾- admitía de un modo implícito que, en una coyuntura extrema, la mujer gaditana se

⁽⁴⁷⁾ Su apasionada dedicación a la causa de la libertad desde la represión fernandina de 1814 y en los enfrentamientos contra los guardias reales — «armada con un puñal para oponerse a la fuga que hicieron los enemigos» — se relata en el memorial elevado a las Cortes en solicitud de pensión: cf. ACD, Serie general, leg. 32, expte. 81, de donde proceden las frases entrecomilladas. Cf. FUENTES, GARI, *Amazonas de la libertad*, cit., p. 157 y ss. de «La azarosa vida de María del Carmen Sardi».

⁽⁴⁸⁾ Sobre la *Carta Eucarística-política de la ciudadana F. S. a D. Somat Aguerb por su apología al bello sexo* (1820), vid. Jordi ROCA VERNET, *La cultura constitucional del Trienni i el discurs sobre el ciutadà liberal*, en «Cercles. Revista d'història cultural», 11 (2008), p. 72.

⁽⁴⁹⁾ Elisa MARTÍN-VALDEPEÑAS et al., *Una traductora de Mably en el Cádiz de las Cortes: la marquesa de Astorga*, en HC, 10 (2009). De las actividades gaditanas de María Magdalena un espía informó que «elle contribuait, autant qu'il fut en elle, à propager les doctrines anti-monarchiques et à affaiblir l'influence des amis de l'ancien ordre de choses, auquel sa naissance, sa position sociale et les faveurs dont elle avait été comblée par la Cour paraissaient devoir l'attacher», *ibid.*, p. 88.

viese obligada a salir del hogar y ocupar espacios visibles en la re-friega política: antes, en la Francia revolucionaria, «new concepts of citizenship [...] made it possible for women to claim unprecedented rights and to participate in moments of dramatic political action»⁽⁵⁰⁾. Y en efecto, más allá del sentido técnico del término *ciudadano*, referido a los españoles — de sexo masculino — titulares del sufragio (arts. 18 ss. CPME)⁽⁵¹⁾, no tardó en extenderse su empleo para designar a mujeres especialmente activas en la vida pública. Por ejemplo, la «Miscelánea de comercio» recordó *nominatim* a las «ciudadanas» Valcárcel, Aparici y Bonama, señoras de la Sociedad Patriótica de Alicante, que allí festejaron la onomástica regia de 1820⁽⁵²⁾.

Que «la Constitución también nos comprende a nosotras, pues gozamos de los derechos de ciudadanas»⁽⁵³⁾, fue el mensaje lanzado justo entonces por *La Ciudadana constitucional*, una reflexión presentada como «sueño alegórico» que, sin embargo, se en-

⁽⁵⁰⁾ Jennifer Ngaire HEUER, *The Family and the Nation. Gender and Citizenship in Revolutionary France, 1789-1830*, Ithaca and London, Cornell University Press, 2007, p. 5; por eso se extendió en esas dramáticas situaciones el empleo del vocablo 'citoyenne', al margen de su contenido jurídico. La autora estudió además las polémicas que rodearon el uso de la *cocarde* entre mujeres: *Hats on for the Nation! Women, Servants, Soldiers and the 'Sign of the French'*, en «French History», 16 (2002).

⁽⁵¹⁾ Que se trataba aquí de un uso depresivo del género gramatical en la lengua de la Constitución resulta, por ejemplo, del art. 35 CPME, que comprendía entre los electores a «los eclesiásticos seculares», o del art. 22 CPME y el requisito de casamiento «con mujer ingenua». Repaso sin éxito la colección del «Periódico de las Damas» en busca de la expresión «ciudadana», lo que no extraña en absoluto por la índole de este primerizo ejemplo de prensa femenina: cf. Francisco Javier CRESPO SÁNCHEZ, *Un modelo de mujer en la prensa del Trienio Liberal: análisis a través del Periódico de las Damas*, en «El Argonauta español», 11 (2014), disponible en línea. En el nº 8, correspondiente a febrero, 1822, una lectora de Teruel se quejó porque «nos anunciaron que nos darían un párrafo perteneciente á los derechos, deberes, influencia de las damas en la sociedad &c., y hasta añora no hemos visto mas que una insinuacion en el primer número. ¿Por qué no seguir? ¿Temen ustedes que nos enfademos, si en él no nos lisonjean? ¿No sabremos discernir lo que nos digan con justicia, de lo que sea pura adulación?», pp. 40-41.

⁽⁵²⁾ Cf. «Miscelánea del comercio», 17 de junio, 1820, p. 3, sobre la dicha «sociedad patriótica», un club que «ha hecho poner una tribuna para las sócias».

⁽⁵³⁾ Cf. FUENTES, GARÍ, *Amazonas de la libertad*, cit., pp. 64-65.

carnó en el giro de dos años, con el golpe de la guardia real frenado a sangre y fuego por la milicia madrileña (y por el afilado puñal de María del Carmen Sardi, todo hay que decirlo) y ocasión de manifiestos, cuestaciones y protestas de «ciudadanas patriotas», «señoras ciudadanas», «ciudadanos y ciudadanas de todas clases», en fin (y en Barcelona), «ciudadanas de la viuda de Lacy»⁽⁵⁴⁾. En realidad, cuando el Reglamento de las Cortes aprobado en el Trienio volvió a prohibir el público femenino del salón de sesiones expulsó a las mujeres hacia plazas, tertulias y cafés, nuevos espacios del debate político; no sirvió de mucho el intento de domesticar las sociedades patrióticas con una ley «liberticida» (Bentham *dixit*) que seguía anclada en vetustas concepciones corporativas⁽⁵⁵⁾. Aunque la Constitución no hubiese sido reformada, con la hegemonía exaltada en las Cortes ordinarias de 1822 — y el grano de arena que aportaron varios exiliados italianos de pasado jacobino — las palabras de la carta adquirirían un significado diverso: la virtud y el patriotismo (esto es, «explicar el verdadero sentido de la Constitución y de las leyes, para que los hipócritas con siniestras interpretaciones no alucinen a los incautos y sencillos») eran los valores auténticos que cimentaban ahora la ciudadanía. Y los españoles ajenos a esta categoría (desde luego las mujeres, pero también los hombres de origen africano) socialmente

(54) Para el apelativo, cf. *ibid.*, pp. 84, 90, 93, 95, pero no cuesta esfuerzo documentar la expresión: cf. «La Abeja del Turia» (Valencia), 6 de junio, 1820, p. 96, con noticia (e interesante relación de firmantes) de la súplica elevada a los munícipes de Cangas de Tineo (Asturias) por un grupo de «jóvenes y beneméritas ciudadanas» para decorar el monumento dedicado a la Constitución. La atribución y el uso del término fue elemento de cargo en la represión que siguió al sistema constitucional, tan cruel también contra las mujeres liberales: cf. FUENTES, GARÍ, *Amazonas de la libertad*, cit., p. 107 y ss. de «El terror de 1824».

(55) Decreto LIV de 21 de octubre, 1820, «Sobre las reuniones de individuos para discutir en público asuntos políticos». Para Nicolás Garely, autor del decreto, «darse existencia política por autoridad particular, y dársela hasta el punto de haber una sociedad central ramificada y en correspondencia con las demas, formando cada una un verdadero cuerpo, con presidente, secretarios, tesoreros, fondos, relaciones, sesiones públicas y secretas [...] su tendencia no puede ser otra que la monstruosa de cuerpos concéntricos, ó sea la de crear un estado dentro del Estado mismo»; cf. PETTIT, *Un Código civil perfecto*, cit., p. 239 y ss.

en ella se incluyeron... cuando lo merecía su comportamiento cívico⁽⁵⁶⁾.

3. *¿Bajo autoridad del padre, y no por sí misma, era española la mujer?*

Sucesos extraordinarios de mujeres que también lo fueron, en el seno de una sociedad opuesta en general a la participación femenina. «La libertad política y civil no toca tan de cerca á las mugeres como á los hombres», razonó «El Indicador de las novedades» al tratar *De la influencia de la revolucion en las mugeres*⁽⁵⁷⁾. «Destinadas á pasar la mayor parte de su vida bajo el techo paterno ó en la mansión matrimonial; nacidas, digámoslo así, para una dependencia perpetua, es claro que las mugeres existen particularmente para egercer las virtudes *privadas*». El papel natural de la mujer — continuó al día siguiente el periódico — consistía en educar a los futuros ciudadanos, de manera que «sin salir de vuestras casas podéis también ser de una gran utilidad». La *familia regulada* del Padre Arbiol, con sus citas piadosas y ejemplos, no conseguía expresarlo mejor.

«Nacidas para una dependencia perpetua» se aceptaba, cuando menos, que la educación de la prole aconsejaba procurar también la formación de la madre. Y en efecto, la vigencia de la Constitución gaditana provocó un discreto debate sobre la enseñanza femenina en función de la familia, mas también interesó,

⁽⁵⁶⁾ ROCA VERNET, *La cultura constitucional*, cit., pp. 60-61 para las frases recogidas, p. 70 y ss., sobre votaciones que resultaron irregulares por la pretensión de algunos españoles de ejercer un derecho que legalmente no les correspondía; cf. también, del mismo, *L'impacte dels projectes radicals del Trieni en l'exegesi exaltada de la Constitució de 1812*, en «Recerques: historia, economía i cultura», 52-53 (2006), con recuperación de los escritos políticos de exiliados italianos. Se reprodujo en el Trienio la dinámica que, al arrancar la república, desencadenó en Francia el uso social de *citoyenne*: cf. William H. SEWELL, JR., *Le citoyen/la citoyenne: Activity, Passivity, and the Revolutionary Concept of Citizenship*, en *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, II, Colin Lucas (ed.), Oxford etc., Pergamon Press, 1988, p. 113 y ss.

⁽⁵⁷⁾ Cf. «El Indicador de las novedades de los espectáculos y de las artes» (Madrid), 29 de octubre, 1822, pp. 849-850; *ibid.*, 30 de octubre, p. 853.

como manifestación tardía de los deseos ilustrados⁽⁵⁸⁾, la capacitación profesional de la mujer.

Respecto de lo primero, las leyes no llegaron más allá del Reglamento de Instrucción Pública (decreto LXXXI, 29 de junio, 1821) y sus pocos preceptos «De la enseñanza de las mugeres»; impartida en escuelas públicas con nociones de lectura, escritura y cuentas para las niñas, de «labores y habilidades propias de su sexo» para las adultas (art. 120). La escueta previsión fue pronto rebasada. Algunas academias particulares anunciaron — además de lecciones de lectura, aritmética, música, bordado, caligrafía — otros cursos al alcance de la mujer: «se le enseña á leer, á escribir y se le dará á conocer sin afectación los principios fundamentales de la Constitución española»⁽⁵⁹⁾. Parece que siguió este camino la Real escuela gratuita del Carmen Calzado, fundada por la diputación de Madrid, pues la prensa informó de los «brillantes ejercicios, siendo preguntados por sabios profesores, [de] niños y jóvenes de ambos sexos», entre ellos «un diálogo de 18 capítulos que comprende *una breve exposicion de las obligaciones civiles*, según previene la [Constitución] art. 366 [...] Parte de dicho diálogo se preguntaron entre sí, parte por una niña de cinco años»⁽⁶⁰⁾. La reseña de catecismos cívicos en la prensa femenina seguramente tuvo que ver con el aprendizaje -«sin afectación»- de tan relevantes materias⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Que se rescataron oportunamente. Por ejemplo, el *Informe del Sr. D. Gaspar de Jovellanos, dado en 29 de Noviembre de 1785, en el expediente promovido en la Junta General de Comercio y moneda, sobre la libertad de las artes*, tan contrario a la organización gremial y tan atento al trabajo femenino (cf. p. 2 y ss.), se publicó en el «Semanario politécnico de Mallorca» (Palma), 25 de febrero, 1821.

⁽⁵⁹⁾ Cf. «El Indicador», 17 de septiembre, 1822, p. 680; por «El Indicador» de 6 de diciembre sabemos que las alumnas Concepción García y Rosalía Doseijo se llevaron el premio correspondiente a Constitución, p. 1004. También sabemos que en el Cádiz del Trienio «se continúa enseñando la Constitución por los mejores catecismos en las escuelas de primeras letras y academias de ambos sexos», según informaciones de «El Universal» (Madrid), 22 de noviembre, 1820, p. 3.

⁽⁶⁰⁾ «Diario de Madrid», 19 de julio, 1820, pp. 113-114.

⁽⁶¹⁾ Así el *Catecismo religioso, moral y político* (1821) del diputado Manuel López Cepero, reseñado con aplauso («recomendamos á nuestras suscriptoras la siguiente obra») en «Periódico de las Damas», enero 1822, n.º 2. «El Imparcial» (Ma-

«Yo conozco y todos conocemos», dejó escrito Jovellanos, «países no situados bajo los distantes polos, sino en nuestra misma Península donde las mugeres se ocupan en las labores mas duras y penosas: donde aran, caban, siegan y rozan: donde son panaderas, horneras, tejedoras de paños y sayales; donde conducen á los mercados distantes y sobre sus cabezas efectos de comercio; y en una palabra donde trabajan á la par del hombre en todas sus ocupaciones y egercicios»⁽⁶²⁾. Para estas ocupaciones que sacaban de casa a la mujer las Cortes diseñaron un proyecto de consulados de comercio (1821) que ofrecía, en rigor, una regulación que hubiera podido organizar la riqueza agrícola, comercial e industrial de las Españas⁽⁶³⁾. Al igual que otras iniciativas el proyecto no prosperó, pero sus artículos nos revelan las concepciones que circulaban en el Trienio⁽⁶⁴⁾. «El ejercicio de todas y de cualesquiera clases de producción o de trabajo», ordenaba el art. 4, «será enteramente libre a los españoles y a los extranjeros de ambos sexos, en todos los países de la monarquía española», fórmula original que reconocía la libertad de trabajo y de iniciativa económica en condiciones de igualdad, tanto para los hombres (españoles o extranjeros) como para las mujeres (españolas o extranjeras). Otros

drid) de 1 de abril, 1822, registró la súplica de la junta de señoras de enseñanza mutua para que los diputados asistieran a los exámenes de sus educandas, p. 794.

⁽⁶²⁾ *Informe del Sr. D. Gaspar de Jovellanos*, cit., p. 3.

⁽⁶³⁾ *Dictamen... sobre las corporaciones gremiales y consulados de comercio, agricultura y artes* (2 de marzo, 1821), en DSS 8 de mayo, 1821, pp. 1471-1487; también en edición exenta: Madrid, Imprenta especial de las Cortes por D. Diego García y Campoy, 1821. Cf. Carlos PETIT, *Historia del Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 330 y ss.

⁽⁶⁴⁾ Para otras disposiciones legales con destinatarios de «ambos sexos» que, en su tenor singular, presuponian un mundo de desigualdades, cf. «Ley sobre nuevas poblaciones en Ultramar», decreto IV, 27 de junio, 1821, en *Colección de decretos*, IX, Madrid, Impta. de las Cortes, 1822, p. 9 y ss.: «toda persona soltera de ambos sexos que pase a las nuevas poblaciones», ordenó el art. 12, «si se casare dentro de los primeros seis años de establecida la nueva poblacion, obtendrá en propiedad, luego que verifique su matrimonio, un terreno de mil varas»; otro precepto favorecía con mayor porción de tierras el matrimonio que contrayese con indígenas «cualquier persona de ambos sexos» (art. 16); también decreto LXXXIII, de 26 de junio, 1822, «Ley que habilita á todos los regulares secularizados de uno y otro sexo para adquirir bienes de cualquier clase», *ibid.*, p. 456 y ss.

pasajes desarrollaban ese principio respecto de «las personas de ambos sexos» (dictamen de comisión), del «individuo de todas las clases productivas» (art. 12) o «de la clase que fuere» (arts. 14 y 20), en fin, de las «personas de cualquier clase» (art. 19): desde los tiempos de Cádiz no era insólito dar en la prensa con anuncios de mujeres que practicaban profesiones: bordadoras, costureras, encajeras, maestras, escribientes⁽⁶⁵⁾. Por lo demás, el *ius commercii* universal de las Cortes casaba perfectamente con la tradición que inspiró el ensayo *Del partido que la nación debiera sacar de las mugeres, aplicándolas á todos los oficios que pueden desempeñar*, publicado en «El Censor» de 23 de septiembre, 1820, en el cual, más que la lista de profesiones admisibles como honestas ocupaciones femeninas⁽⁶⁶⁾, destaca el albedrío reconocido a la mujer soltera y mayor de edad que, «instruida en algún arte ú oficio», no tenía que depender de los hombres⁽⁶⁷⁾. No los hubo, desde luego, en el espectáculo que montaron las actrices del Teatro del Príncipe para la Nochebuena de 1820. Se trataba de la pieza «Un Loco hace ciento», compuesta por una mujer (María Rosa Gálvez) y representada por otras, varias de ellas en roles masculinos («las señoras Torres, Torre, Gonzalez, Sanchez, Velasco, Valdes y Spontoni»). Boleros y tonadillas bailadas por artistas travestidas y el entremés «Los Médicos de Moda», donde «las señoras Torres, Torre, Maqueda, Gonzalez y Sanchez» hicieron de facultativos, completaron la pintoresca velada⁽⁶⁸⁾. Y sin em-

(65) Cf. «Diario de Madrid», 23 de marzo, 1810, p. 4; *ibid.*, 13 de diciembre, 1820, p. 2; también «Diario de Palma», 13 de mayo, 1813, p. 4; «Nuevo Diario de Madrid», 19 de noviembre, 1822, p. 8.

(66) «Empléese exclusivamente [el hombre] en todas aquellas ocupaciones que requieren la fuerza de cuerpo ó de espíritu que no le fue dada al bello sexo en su especial organización; pero ¿qué razón hay para que veamos igualmente poblados de hombres los almacenes de los mercaderes, y los talleres de los bordadores, tejedores, medieros, relojeros, libreros, zapateros, sastres, peluqueros y otros muchos oficios que las mugeres pueden egercer con la misma perfección?», en «El Censor», p. 151.

(67) «Consideremos también la diferente suerte de otra joven que permanezca soltera, estando instruida en algún arte ú oficio: porque pudiendo entonces bastarse á sí misma, dejará cuando quiera de ser gravosa á su familia, y por hacerse independiente, no estará menos al abrigo de los embates de la seducción», *ibid.*, p. 155.

(68) Cf. *Teatros*, en «Correo general de Madrid», 23 de diciembre, 1820,

bargo, las referencias legales a «ambos sexos» coexistieron con expresiones que resultarían ambiguas si no fuese por el testimonio de los documentos.

Como derecho de «todo español» la carta gaditana reconocía la denuncia de infracciones constitucionales ante el rey o las Cortes (art. 373). La legislación ordinaria (decreto LXVIII, 12 de febrero, 1822) añadió a su vez el derecho de petición, igualmente concedido a «todo español» (art. 1). Pues bien, no faltaron quejas con voz femenina por infracciones de la Constitución, obvia manifestación de la inclusión vigilante de la mujer en la nación española⁽⁶⁹⁾. Por ejemplo, sin contar con asistencia masculina las hermanas María Antonia y Agustina de Mallo acudieron a las Cortes en 1821 para denunciar los abusos de un José Martínez Moscoso, juez interino de 1ª instancia en Madrid⁽⁷⁰⁾. Apreciaban en la conducta de Martínez la lesión del art. 243 CMPE⁽⁷¹⁾ por haber reabierto un viejo proceso iniciado por Manuel, hermano de ambas, sobre la herencia de la madre común, aunque el litigio había sido zanjado con pronunciamientos favorables; de otra parte, dando curso a una nueva demanda el juez Martínez había orillado el art. 284 CPME⁽⁷²⁾, pues faltaba la previa conciliación entre los tres hermanos. Solamente consta que la queja pasó a la comisión de responsabilidades (9 de marzo, 1822), mas evidente que las hermanas estaban legitimadas para exigir del magistrado el respeto debido a la Constitución, según ésta misma concedía a «todo español».

p. 218. «Ambos sexos» fue una expresión inclusiva que solía emplearse en ambientes teatrales: cf. por ejemplo «Diario de Madrid», 11 de febrero, 1820, p. 8.

⁽⁶⁹⁾ Marta LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pero nada veo sobre el actual argumento. Cf. p. 109 y ss. de «Los españoles como sujetos»; *vid.* aún p. 192 y ss., que tienen el interés de probar, con documentos a la mano, la extensión de la acción para denunciar infracciones también a los extranjeros.

⁽⁷⁰⁾ ACD, Serie general, leg. 40, expte. 62, 2 de marzo, 1821.

⁽⁷¹⁾ «Ni las Cortes ni el Rey podran ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos».

⁽⁷²⁾ «Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliacion, no se etablará pleito ninguno».

De entre los expedientes que aún custodia el Congreso⁽⁷³⁾ conviene todavía rescatar, por las circunstancias que se dieron, la queja contra los magistrados de la Audiencia territorial de Sevilla elevada por una María Navarro, vecina de Jerez de la Frontera (1821). Esta española había denunciado a su esposo Manuel Rodríguez, maltratador y borracho habitual sin modo de vivir conocido. Acusado por María de violento y vago («y de consiguiente suspenso de los derechos de ciudadano») Rodríguez fue condenado en primera instancia, pero la Audiencia («vendid[a] sin duda a los deseos de los Patronos de Rodríguez») anuló la condena a un año de prisión y el cargo de vagancia, contentándose con imponerle sanción de apercibimiento y el pago de la mitad de las costas⁽⁷⁴⁾. Otro caso irresuelto («recogido de la Comisión de infracciones sin informe»), donde la denunciante no había necesitado de concurso masculino para completar su capacidad de litigar⁽⁷⁵⁾. Tal vez no moleste recordar que el proyecto de Código de procedimiento criminal (1821) concedía acción acusatoria «respecto de los delitos públicos... no solo á los funcionarios encargados por la ley, sino también á cualquier español» (art. 5), exceptuando seguidamente — junto a menores, jueces, eclesiásticos... —

(73) Queja de María de los Dolores Sánchez, de estado viuda, contra el tribunal del Consulado y jueces de Cádiz por infracción del art. 284 CPME, al faltar la conciliación en el cobro de unas letras (ACD, Serie general, leg. 42, expte. 118, 17 de noviembre, 1820). Otra viuda, la tabernera madrileña Josefa Hernández, alegó haber padecido un allanamiento en contra del art. 306 CPME, sufriendo además un embargo irregular (cf. art. 294 CPME) ordenado por el juez Ramón de Argos y ejecutado por los subalternos de su juzgado (ACD, Serie general, leg. 43, expte. 42, 21 de abril, 1822). La aragonesa María Martínez acudió a las Cortes ante la impunidad del asesinato de su marido, benévolamente tratado en la Audiencia de Aragón (ACD, Serie general, leg. 41, expte. 25, 14 de junio, 1821; cf. leg. 44, expte. 186); otro caso similar de asesinato presentó una María Solís (ACD, Serie general, leg. 41, expte. 33, 6 de junio, 1821).

(74) ACD, Serie general, leg. 40, expte. 72, 24 de mayo, 1821.

(75) No consta que la ultrajada instara la separación *quoad thorum et habitacionem*. El recordado proyecto de Código civil establecía en su art. 314 que «la muger no puede comparecer en juicio en negocio alguno civil sin autorizacion del marido, ni en los criminales como demandante; salvo para instaurar el juicio de nulidad ó separacion del matrimonio, civil ó criminalmente, y lo que se dispone en los artículos 316, 318 y 319».

a las mujeres. Privadas del derecho de acusar, la necesidad de excluir expresamente su sexo demuestra que el masculino genérico — «español» — generalmente las incluía⁽⁷⁶⁾.

Queda fuera de estas páginas analizar el derecho de petición, objeto en 1822 de una ley superflua y nociva en opinión de los exaltados («en este proyecto vamos reduciendo el derecho de petición á un círculo tan pequeño, que casi viene á convertirse en nada», Romero Alpuente), sometido a cortapisas urgentes y necesarias para los doceañistas («petición no es presentar una súplica en una mano y la espada en la otra», Martínez de la Rosa)⁽⁷⁷⁾. Tampoco me interesa la insistencia en su ejercicio siempre «individual»⁽⁷⁸⁾; me resulta suficiente resaltar que la mujer acudió a ese derecho — reconocido para «todo español» — con las súplicas más dispares. Ya quedó citada la dispensa de edad para administrar los propios bienes que dieron las Cortes a María de los Dolores Cevallos en 1822, y no cuesta mucho esfuerzo alegar casos similares de legitimación, tutela concedida a la madre bínuba, cobro de derechos señoriales, remoción de impedimentos⁽⁷⁹⁾. Alguno de

⁽⁷⁶⁾ A tenor del mismo proyecto tampoco podía la mujer prestar fianza de seguridad de la persona (art. 27) ni, por supuesto, acceder al jurado, institución novedosa que el proyecto reservaba a los ciudadanos, añadiendo otros, severos, requisitos (art. 281).

⁽⁷⁷⁾ Antoni MOLINER PRADA, *En torno al Trienio Constitucional (1820-1823)*, en «Rúbrica Contemporánea», 1 (2012). Los intensos debates que motivó el decreto en DSS 9 de febrero, 1822, pp. 2217-2226; 10 de febrero, pp. 2229-2232; 11 de febrero, 2252-2268; 12 de febrero, p. 2269.

⁽⁷⁸⁾ El diputado Nicolás M^a Garelly, en apoyo de la comisión, precisó sobre el de petición que «los derechos políticos son todos por su misma naturaleza individuales [...] porque los derechos políticos son personalísimos, y este es el contraste que forman con los civiles, que se enajenan, se venden, se sustituyen, se transmiten», DS 11 de febrero, 1822, p. 2253.

⁽⁷⁹⁾ Sobre impedimentos, ACD, Serie general, leg. 34, expte. 19; sobre tutela de los hijos tras el matrimonio de la viuda, *ibid.*, leg. 35, expte. 93, también leg. 36, expte. 149; sobre los derechos sucesorios de una hija ilegítima, *ibid.* leg. 6, expte. 93; sobre pago de derechos señoriales a la duquesa de Gandía, *ibid.*, leg. 33, expte. 2; sobre legitimación de hijos sacrílegos, *ibid.*, leg. 34, expte. 28. Las circunstancias históricas hicieron frecuentes las solicitudes de pensión: cf. por ejemplo la petición cursada por María de las Mercedes Soler, de estado viuda, distinguida en la lucha contra las tropas napoleónicas, *ibid.*, leg. 186, expte. 25.

esos expedientes merece un rápido desarrollo. Así, la petición de María Amparo Osorio exhibió severas diferencias con su marido Manuel Ruiz de Huidobro, capitán de navío. Como administradora judicial de los bienes y rentas del militar, que había sido «intervenido por su incapacidad y dilapidaciones» por unas resoluciones de 1815 y 1816, en 1820 solicitó María Amparo autorización de las Cortes para constituir un censo reservativo sobre tierras y casas del mayorazgo familiar con el fin de restaurar otras propiedades. Al volver el marido de Cartagena, donde había desempeñado un destino, acudió ante las Cortes para exponer que las reales órdenes que le concernían, dictadas por el gobierno absoluto, además de estar basadas en alegaciones falsas, eran opuestas a «lo que manda la Constitución política de la monarquía Española en la clausula Decima del artículo 172»⁽⁸⁰⁾. Solicitó todavía la inadmisión de las súplicas de su mujer, «fugada, apartada de su compañía sin sentencia, decreto ni mandato de juez [...] para entregarse á una vida escandalosa». Las Cortes aceptaron la petición de la esposa, pero sucesivas instancias de Huidobro mantuvieron viva la controversia⁽⁸¹⁾.

Si el derecho de petición había servido en ese caso para abordar — mal que bien — un asunto matrimonial, la intentona absolutista de la guardia en la jornada del Siete de julio justificó que muchas mujeres patriotas se dirigieran al trono con veladas amenazas. Más de ochenta «señoras ciudadanas de Logroño» acudieron en agosto de 1822 ante el taimado Fernando para advertirle que «el monstruo de la guerra civil se ha desencadenado»; puesta en crisis la monarquía, el rey tenía que confiar en «hombres virtuosos que observen como vos habéis prometido el sagrado juramento que repiten las que firman, *constitución ó sepultarse en las ruinas de la patria*»⁽⁸²⁾. Unas semanas después se hizo público otro manifiesto, suscrito por varios centenares de mujeres madrileñas. Con

⁽⁸⁰⁾ «Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes [...] Décima. No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesion, uso y aprovechamiento de ella [...]».

⁽⁸¹⁾ ACD, Serie general, leg. 33, expte. 97 (14 de septiembre, 1820 — 17 de junio, 1821). Cf. DSS 22 de octubre, 1820, pp. 1837-1838.

⁽⁸²⁾ «El Espectador» (Madrid), 5 de agosto, 1822, p. 460 (cursivas originales).

una indignación apenas contenida las firmantes le recordaban al rey sus compromisos constitucionales para añadir que «si algún día vacilasen los fundamentos de nuestra constitución [...] protestamos desde ahora á V. M. *que olvidándonos de toda otra consideración, nos presentaremos armadas en las filas de los defensores de la patria, y pereceremos bajo sus ruinas al lado de nuestros maridos, de nuestros hijos y de nuestros hermanos, antes que someternos á la tiranía, comprando con la muerte la noble y última satisfacción de no dejar sobre la tierra una descendencia de esclavos que maldiga y deshonre nuestra memoria*»⁽⁸³⁾. Con la súplica en una mano y la espada en la otra, como se temió Martínez de la Rosa, de ambas armas se sirvieron las patriotas españolas.

4. *¿A Mariana Pineda realmente la movía el amor enajenado por un varón?*

Las doctrinas constitucionales elaboradas bajo la carta de 1812 no llevaron demasiado lejos. «Nacidas para una dependencia perpetua» según «El Indicador», dependientes por derecho natural, precisa en nuestros días Clavero, las mujeres no conformaban la voluntad nacional⁽⁸⁴⁾. «El primer objeto que debe proponerse

⁽⁸³⁾ «No debe olvidar V. M. que su suerte no puede ser otra que la de la nación, en la cual están apoyados sus derechos, su dignidad y su poder: quien intente persuadirle de lo contrario le engaña, le seduce, le alucina y le pierde. Hay sin embargo una diferencia muy notable, y es que los monarcas y las dinastías pasan muchas veces como el relampago y van á perderse en la obscuridad del eterno olvido, y los pueblos sobreviven á todos los trastornos, porque son inmortales. Empezad, pues, señor á caminar francamente por la senda constitucional como tantas veces lo habéis prometido, cortad la raíz de los males que nos agobian y de los que nos amenazan, levantad contra los malvados vuestra mano armada con la cuchilla de la ley, acoged los votos de once millones de vivientes que son de vuestra misma especie, restituid la paz á la nación y la tranquilidad al seno de nuestras familias, y no olvidéis que vuestra primera y mas sagrada obligación es la de trabajar con interés y tesón en la felicidad y libertad de la patria, bajo cuyas condiciones os han entregado los españoles el cetro que arrancaron á costa de sangre y de los mas extraordinarios sacrificios de las manos de un usurpador para colocarle en las vuestras». Cf. *Variedades*, en «El Indicador de las novedades...», 9 de septiembre, 1822, pp. 656-657 (cursivas originales).

⁽⁸⁴⁾ CLAVERO, *Cádiz 1812*, cit., p. 239 y ss. Un excelente apoyo aportaría la con-

una constitucion política es que todos los ciudadanos sean representados en las asambleas legislativas [...] todos aquellos, se entiende, que son capaces de conocer las consecuencias de lo que van á hacer, y que deben tomar algun interés en la cosa pública». De esta forma perentoria negó Ramón Salas, principal analista de la Constitución de Cádiz, el derecho de sufragio «á los menores, á los privados del uso de la razon y á las mugeres llamadas exclusivamente por la naturaleza á las ocupaciones domésticas y á formar buenos ciudadanos» — como, en general, a «los hombres sin casa»⁽⁸⁵⁾. Pero ellas se encontraban en peor posición. Los menores, si eran varones, con el paso del tiempo adquirirían el estatuto de ciudadanos. Los locos y dementes acaso sanaran o experimentasen intervalos lúcidos, y no estaba escrito que los vagos y los pobres no llegaran a conocer mejor fortuna. Ciertamente la carta gaditana permitía reinar a las mujeres (art. 180 CPME, sin sujeción ninguna a consorte masculino: art. 184), aunque Salas entendía «que en general [...] son menos propias que los hombres para el mando». Y en efecto, no obstante evocar el feminismo *avant la lettre* del marqués de Condorcet, no obstante intentar un encuentro entre partidarios y detractores del gobierno femenino, Salas se inclinó finalmente por la sucesión agnaticia o ley sálica, «que, todo bien considerado, habrá muchos que prefieran á la disposicion de nuestra ley fundamental, la cual admitiendo las hembras al trono, hace muy frecuentes las mudanzas de familias ó dinastías reinantes, mudanzas que ordinariamente no se verifican sin alguna alteracion en la marcha y modo del gobierno»⁽⁸⁶⁾.

sulta de R. F. C., *Dedução filosófica da desigualdade dos sexos, e de seus direitos políticos por natureza*, Lisboa, na Imp. De M. P. de Lacerda, 1822.

⁽⁸⁵⁾ Ramón SALAS, *Lecciones de Derecho público constitucional para las escuelas de España*, I, Madrid, Impta. del Censor, 1821, pp. 148-149.

⁽⁸⁶⁾ *Lecciones*, II, Madrid, Impta. de Fermín Villalpando, 1821, p. 134 y ss. Sobre el 'feminista' Condorcet contamos ahora con Manuela ALBERTONE, *Fondements économiques de la réflexion du XVIIIe siècle autour de l'homme porteur de droits*, en el monográfico de «Clio @ Themis», 3 (2010) sobre *L'homme de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est-il une femme?*, de mejor planteamiento que resultados.

La posición de Salas no tuvo mucho eco en la literatura jurídica más cercana; expresaba, sin embargo, un punto de vista ampliamente compartido⁽⁸⁷⁾. Más allá de «lo peculiar al gobierno económico y servicial de una casa»⁽⁸⁸⁾ — un manejo doméstico que, por otra parte, ponían en tela de juicio la supuesta fragilidad, la inconstancia, los sentimientos femeninos a flor de piel⁽⁸⁹⁾— se sabía y decía de las mujeres que «siempre parecerá mal que se mezclen en asuntos que sean exclusivamente propios de los hombres: y tales son los de gobierno». Como máximo, el mejor recurso para «estimular y propagar el patriotismo, es que las señoritas españolas tomen la firme y virtuosa resolución de no apreciar ni distinguir sino al joven moral ilustrado, útil por sus conocimientos, y sobre todo constitucional, amante sincero de la libertad y enemigo irreconciliable de la tiranía»⁽⁹⁰⁾.

Quién sabe si esta F. S. que así aconsejaba a las españolas entregarse a algún joven ilustrado — «y sobre todo constitucional»— para conjurar la tiranía, era la misma «ciudadana F. S.» de aque-

⁽⁸⁷⁾ «Resulta [...] que la muger lo vale todo, y lo es todo para el gobierno doméstico ó familiar, mientras que el hombre es mas propio para los negocios públicos y del Estado, y que la economía doméstica está tan bien colocada en las manos de la muger, como la administracion en las del hombre». Cf. Toribio NÚÑEZ, *Principios de Ciencia social ó de las ciencias morales y políticas por el jurisconsulto inglés Jeremías Bentham, ordenados conforme al sistema del autor original y aplicado á la Constitucion española por D....*, Salamanca, Impta. Nueva, 1821, p. 86.

⁽⁸⁸⁾ Cf. «Diario de Madrid», 29 de agosto, 1811, p. 4, pero el tal gobierno no era incompatible con la sujeción a una autoridad masculina. Sobre la cuestión de la sucesión al trono, Eudaldo JAUMEANDREU, *Curso elemental de Derecho Público*, Barcelona, en la Impta. del Gobierno político Superior, 1820, p. 345 y ss.; cf. p. 350 con ejemplos históricos que «manifiestan que no falta á las mugeres capacidad para lograr la fuerza é instruccion correspondiente para gobernar. Ni tampoco la obediencia debida al rey es incompatible con el mando del reino, pudiendo la autoridad pública separarse muy bien de la doméstica». La sucesión a la corona pasó sin pena ni gloria en los debates constituyentes.

⁽⁸⁹⁾ NÚÑEZ, *Principios de Ciencia social*, cit., p. 83 y ss. de «Circunstancias secundarias que influyen en la sensibilidad», la primera de ellas, el sexo, p. 85 y ss.

⁽⁹⁰⁾ Mis citas corresponden, respectivamente, a *Cuestión curiosa: ¿Debe permitirse que asistan las mugeres a las galerías de las Cortes?*, en «El Censor», 24 de marzo, 1821, p. 275; F. S., *Variedades*, en «El Espectador» (Madrid), 4 de mayo, 1821, p. 80.

lla tímida *Carta Eucarística-política* (1820) que antes quedó citada, donde se renunciaba estratégicamente al mando ejercido por mujeres «aunque la constitucion no nos excluye». Una consideración tan incidental como cargada de futuro. Sin *status civitatis* pero con presencia pública y voz alzada, en Cádiz comenzó el duro camino que debían recorrer las mujeres españolas desde la casa a la república. Otro paso se dio con la Constitución siguiente, malamente presentada como reforma de la gaditana. Un decreto de 3 de noviembre, 1837, ordenó inscribir «en el salón del Congreso en letras de oro los nombres siguientes: *Riego, Empecinado, Manzanares, Miyar, Mariana Pineda, Torrijos*». Seis apellidos, solo uno con el nombre que convenía: *Pineda* era *Mariana*, una mención que se hacía necesaria para señalar la presencia de una mujer en un concierto patriótico mayormente masculino⁽⁹¹⁾.

Y la sombra de esa señora, ajusticiada a garrote vil en 1831, se proyectó en la *Cara oculta* que leemos. «*Hombre* era el sujeto y hombre exactamente significaba su género masculino», insistía Clavero; «a Mariana Pineda realmente la movería el amor enajenado por un varón» (pp. 16-17). Una afirmación tan tajante obliga a revisar la biografía de aquella mujer singular, protagonista de un episodio histórico transmutado en mito poco después de su ejecución en la Puerta granadina de Elvira⁽⁹²⁾.

Los ministros de Fernando VII habían aumentado la represión a raíz de las Tres Gloriosas Jornadas que liquidaron la monarquía autoritaria de Carlos X. Una joven viuda, nuestra Mariana Pineda y Muñoz (1804-1831), de pasado liberal y difícil vida, fue acusada por complejas delaciones de conspirar contra el rey y de haber encargado a tal fin la confección de una bandera morada, adornada con triángulo verde y el lema LIBERTAD — IGUALDAD — LEY bordado en rojo, «señal ó alarma para un gobierno revolucionario»⁽⁹³⁾. A pesar de la destreza indudable del abogado defensor

⁽⁹¹⁾ *Colección de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes...*, XXIII, Madrid, Impta. Nacional, 1838, pp. 320-321.

⁽⁹²⁾ Además de lo que citaré, *vid.* FUENTES, GARI, *Amazonas de la libertad*, cit., p. 271 y ss. de «Mariana Pineda: la forja de un mito».

⁽⁹³⁾ Perdido el proceso a comienzos del siglo XX, la fuente principal que nos queda, con riqueza de datos y algunas piezas del juicio, es el folleto de José DE LA

— el dicho estandarte estaba inacabado, lo que impedía sacar conclusiones; la figura geométrica, un evidente emblema masónico, certificaba además la inocencia de la inculpada, pues así como las mujeres «no pueden ser obispas ni confesoras, tampoco pueden ser fra[n]cmasonas»⁽⁹⁴⁾, sin mencionar que, de admitirse delito, apenas sería una tentativa abortada — el celo que demostró el juez Ramón Pedrosa, pendiente de su promoción (fue pronto recompensado con una alcaldía de Casa y Corte)⁽⁹⁵⁾, hizo que se resolviera la causa en poco más de dos meses y con inusitada dureza⁽⁹⁶⁾. La negativa de Mariana a desvelar los nombres de otros conspiradores a cambio de un indulto la condujo hasta el patíbulo. «Si aun son mas dolorosos estos castigos en las mugeres que en los hombres», anunció compungida la «Gazeta» (17 de junio, 1831, p. 294), «no por ello dejan de ser tan precisos para el escarmiento especialmente despues que los revolucionarios han adoptado la táctica villana de tomar por instrumento y por escudo de sus locos intentos al sexo menos cauto y mas capaz de interesar la agena compasion». No la tuvo desde luego el vengativo Fernando,

PEÑA Y AGUAYO, *Doña Mariana Pineda. Narracion de su vida, de la causa criminal e la que fué condenada al último suplicio y descripcion de su ajusticiamiento* (1836), Granada, Impta. de D. Francisco de los Reyes, 1870. Para lo citado, del escrito del fiscal, p. 57.

⁽⁹⁴⁾ *Ibid.*, p. 65; el sexo femenino se alegó también como razón de ignorancia legal relevante («pues siendo, como es, mujer la referida, le basta solo alegarla para que sea atendida y la escuse por derecho»), p. 69. Cuando las Cortes concedieron pensión a los hijos de doña Mariana se aprobó distinguir de alguna forma a quienes la acompañaron en sus últimas horas: el cura José Garzón y el abogado José María Escalera; son extremos que constan en el breve expediente del segundo, conservado en Archivo Histórico Nacional [AHN] (Madrid), FC-M^o JUSTICIA_MAG_JUECES, leg. 4392, expte. 2336, pues Escalera fue juez interino de Cazorla por nombramiento de la Audiencia granadina.

⁽⁹⁵⁾ Expediente personal de Ramón Pedrosa Andrade en AHN, FC-M^o JUSTICIA_MAG_JUECES, leg. 4751, exp. 7298 (1824-1834); clasificación para la jubilación *ibid.*, FC-M^o HACIENDA, leg. 1497, exp. 23 (1833).

⁽⁹⁶⁾ Vicente DÍEZ CANSECO, *Diccionario biográfico universal de mujeres célebres...*, III, Madrid, Impta. de don José Félix Palacios, 1845, s. v. *Pineda, (Doña Mariana)*. Pero es erróneo que el abogado defensor de Mariana fuese su biógrafo Peña y Aguayo.

y el triste suceso, difundido por viajeros y periódicos, de inmediato resonó en toda Europa⁽⁹⁷⁾.

La vuelta de la Constitución de Cádiz tras la sargentada de 1836 permitió borrar esa ignominia. La inscripción celebrativa de 1837 tuvo origen en una proposición encabezada por Pío Pita, diputado de Zamora, dirigida a las Cortes constituyentes; se pretendía conmemorar en el salón de sesiones — aquella misma pieza que seguía cerrada a las mujeres— el nombre de la heroína de Granada, «en premio de su civismo y amor á la libertad». La propuesta pasó a la comisión encargada de estudiar el homenaje de las Cortes a los héroes nacionales⁽⁹⁸⁾. Al final se aprobó la inscripción en los términos que conocemos, así como la concesión de una pensión anual a la pequeña Luisa («hija y fiel retrato de la espresada D^a Mariana») y una recomendación al gobierno sobre el destino del hijo José, militar de profesión, como «resarcimiento de la confiscación» que los huérfanos habían padecido (7 de noviembre, 1837).

¿Movió a nuestra heroína «el amor enajenado por un varón»? Desde luego, no estamos ante una persona vulgar. Hija de la unión no autorizada de un padre noble y una madre de humilde extracción, huérfana en su tierna niñez, Mariana sufrió las malas artes de un tutor, con quien transigió al poco de casarse con tal de recobrar algo del patrimonio paterno. Jovencísima viuda, parece que sus convicciones políticas se forjaron en las tertulias de

⁽⁹⁷⁾ Cf. *Madrid, den 7 Juni*, en «Staats und gelehrten Zeitung des Hamburgischen unpartheiischen Correspondenten» (Hamburgo), 25 de junio, 1831, traducción de la «Gazeta». Cf. *Spanien*, en «Allgemeine Zeitung von und für Bayern...» (Nürnberg), 12 de enero, 1838, con referencia a la inscripción del nombre de Mariana Pineda en las Cortes, en virtud del decreto arriba recordado; también, con este alcance, «Le Courier» (París), 2 de julio, 1837; «Le Commerce» (París), 15 de julio, 1837. Vid. William WALTON ESQ., *A Replay to the Anglo-Cristino Pamphlet entitled 'The Policy of England towards Spain'*, London, J. Hatchard and Son, 1837, p. 94 y ss.; Mrs. ROMER, *The Rhone, the Darro, and the Guadalquivir; a Summer Ramble in 1842*, II, London, Richard Bentley, 1843, p. 59 y ss.

⁽⁹⁸⁾ DSS 29 de abril, 1837, p. 3070; 30 de abril, p. 3099. La cuestión se resolvió, no sin animados debates («vamos á tratar de la santificacion de unos nombres gloriosos para siempre»), vigente la nueva Constitución: DSS 6 de febrero, 1838, pp. 819-822; 7 de febrero, pp. 826-827.

Granada. Durante la Década Ominosa frecuentó la cárcel de la Real Chancillería para socorrer al sacerdote Pedro de la Serrana, su tío, por cuyo medio conoció Mariana a otros presos liberales. Entre ellos figuraba Fernando Álvarez de Sotomayor, antiguo capitán del ejército de la Isla y protagonista de una fuga pintoresca precisamente gracias a Mariana, con quien guardaba relación de parentesco; que este Fernando fuese además el amante de la prima — «el amor enajenado» en expresión de Clavero — no pasa de ser un hermoso motivo literario, «un caso de amor magnífico de andaluza en un ambiente extremadamente *político*» que nadie como Lorca supo dramatizar⁽⁹⁹⁾. Pero la leyenda y el teatro, excelentes objetos de reflexión historiográfica, por desgracia no sirven mucho cuando se trata de documentar la historia constitucional. «Nadie había dicho nada de esta figura del siglo XIX», confesó el poeta a un paisano (por cierto, futuro profesor de Derecho Político). «Nadie había reparado en ella. Era obligación mía exaltarla. Yo sentía ese imperativo. Porque ella es una figura esencialmente lírica. Sin odas. Sin milicianos. Sin lápidas de CONSTITUCIÓN. (Esas lápidas terribles — Constitución. Constitución. Constitución —, que tanto me intrigaban de niño)»⁽¹⁰⁰⁾. En realidad, solo sabemos que la viuda Pineda llevaba en la ciudad de Granada una existencia independiente dotada de modestas rentas y casa abierta, donde ella moraba con los hijos y la madre adoptiva, doña Úrsula de la Presa. A sus órdenes trabajaba un Antonio José Burel, «que había servido en clase de oficial a las órdenes del general Riego [...] conducto por donde recibían algunos conspiradores de Granada la correspondencia de los emigrados, que se hallaban en Gibraltar»⁽¹⁰¹⁾. Las criadas María Rodríguez y Carmen Sánchez com-

⁽⁹⁹⁾ Federico GARCÍA LORCA, *Mariana Pineda. Romance popular en tres estampas* (1925). La obra, concebida unos años atrás, se estrenó en el Teatro Goya de Barcelona el 24 de junio, 1927, con vestuario y decorado «lleno de maravilloso andalucismo intuido sagazmente por Dalí», como leo en el estudio de Andrés Soria para la clásica edición de la colección Austral; la referencia amoroso-andaluza está en una carta del poeta a Melchor Fernández Almagro, fechada en 1923; los decorados de Dalí en otra a Manuel de Falla, 1927.

⁽¹⁰⁰⁾ Francisco AYALA, *Un drama de García Lorca. Mariana Pineda. (Estatua de piedra. Estatua de cera)*, en «La Gaceta literaria» (Madrid), 1 de julio, 1927, p. 5.

pletaban la pequeña comunidad doméstica de Mariana. Que ésta tuviese o no sus aventuras («la señora en cuya casa se cogió el estandarte morado en Granada parece que fue puta suya», anotó Arias Teijeiro en sus *Diarios*, sobre un perseguido liberal)⁽¹⁰²⁾, además de señalar las ideas constitucionales como colmo de la inmoralidad, simplemente demuestra la independencia de una mujer de carácter sumida por el destino en adversas circunstancias y acostumbrada desde niña a tomar sus propias decisiones. Lo reconoció paladinamente el fiscal del proceso cuando describió «la casa que habitaba doña Mariana Pineda, cabeza o principal de ella»⁽¹⁰³⁾. Además, la débil analogía que estableció ese acusador entre la bandera morada y la regla medieval — sin embargo aún aplicable — que «hace responsable del homicidio al morador de la casa, si en esta se hallase muerto un hombre, salvo su derecho para defenderse, si pudiese»⁽¹⁰⁴⁾, para incriminar así a la viuda, la señaló como la única persona, dueña y señora de la casa, que había de responder de las pruebas delictivas encontradas en el domicilio.

«No he recogido la versión histórica exacta, sino la legendaria, deliciosamente deformada por los narradores de placeta». La *Autocrítica* de García Lorca, enviada al «ABC» el mismo día del estreno madrileño (12 de octubre, 1927), avisaba a los espectadores que la historia de Mariana Pineda debía de convertirse en leyenda para permitir la estilización poética. Por ahí entraba entonces la «Mariana amante» de Lorca (y de Clavero), «más próxima a Julieta que a Judith, más para el idilio de la libertad que para la oda de la libertad»⁽¹⁰⁵⁾. Por fin arrancada la máscara de Mariana — la *persona* teatral — que mostraba poéticamente a una víctima de «el amor enajenado por un varón», la histórica heroína de

(101) DE LA PEÑA Y AGUAYO, *Doña Mariana Pineda*, cit., p. 21.

(102) FUENTES, GARI, *Amazonas de la libertad*, cit., p. 277.

(103) DE LA PEÑA Y AGUAYO, *Doña Mariana Pineda*, cit., p. 59.

(104) *Ibid.*, p. 59. Se trata de Fuero Real, 4.17.3: «Todo home que fallaren muerto, o livorado en alguna casa, e no supieren quién lo mató, el morador de la casa sea tenido de mostrar quién lo mató, si no, sea tenido de responder de la muerte, salvo derecho para defenderse, si puidiere».

(105) Sigo para esto la introducción de Andrés Soria, cit.

Granada se nos presenta, más bien, como una de las pocas españolas que vivieron y murieron sin autoridad masculina.

*

Es mucho cuanto debe a Bartolomé Clavero la historiografía que analiza, peor o mejor, el experimento constitucional de Cádiz. Le debe el haber avanzado una intuición — me interesó la aparente exclusión de la mujer de la nación española — que, por lo visto, hace escuela. Le debe oportunos balances, donde el enérgico autor nunca se esconde. «No me voy a recatar en tomar partido», escribió en una página memorable; «es también el modo que tengo de advertir que soy, no árbitro casero, sino juez y parte, autor y personaje [...] habré de aventurarme en juicios delicados sobre la obra respetable de colegas de historia, de derecho y de historia del derecho»⁽¹⁰⁶⁾. Siguiendo sus enseñanzas he leído críticamente *Cara oculta de la Constitución*; escrito pionero que, en lo sustancial, no creo arrinconado por la producción sucesiva⁽¹⁰⁷⁾. Y ha sido el amigo António Hespanha quien, entre alarmado y divertido por los severos juicios («de parte») formulados por Clavero, aportó finalmente la conclusión. «Porque se trata de traçar um saldo de cidadania pode ser que o balaço historiográfico soe demasiado partidário e cru; embora certas audácias evolucionistas ou certos esquecimentos da história pregressa dos escritos próprios torne muito apeteçível lembrar cada um o que outrora escreveram (ou não escreveram). Com aquele espírito pacificador das Comissões de Justiça e Paz; ou seja, sem intuítos vindicatórios, mas apenas para que conste»⁽¹⁰⁸⁾.

Que así conste.

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. *Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano*, epílogo de la colección de Carlos GARRIGA, Marta LORENTE, *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, pp. 447-448, n. 1.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pp. 491-492.

⁽¹⁰⁸⁾ António Manuel Hespanha, reseña de GARRIGA, LORENTE, *Cádiz 1812*, cit., en «Historia Crítica», 36 (2008), p. 228.

Per António Manuel Hespanha

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

ANTÓNIO HESPANHA, UM HISTORIADOR INQUIETO

1. Generosidade. — 2. «Fazer e Desfazer história». — 3. Os juristas e o saber jurídico.

Há oito anos atrás, quando se realizou, em Lisboa, um Colóquio em homenagem a António Manuel Hespanha, pediram-me, assim como a outros alunos e discípulos que ali estavam, para dizer algumas palavras sobre o homenageado ⁽¹⁾. Eu tinha sido sua aluna na licenciatura em História e tinha trabalhado com ele durante mais de vinte anos, como bolseira dos seus projectos de investigação sobre a Época moderna, como sua orientanda nas dissertações de mestrado e doutoramento, e, por fim, como sua colega em várias instituições. Era impossível dizer tudo o que havia para dizer, e por isso resolvi falar sobre qualidades suas que, a meu ver, ajudam a explicar a marca profunda que deixou em várias gerações de historiadores e de investigadores, de idades e áreas disciplinares muito variadas. Vou começar a escrever este texto recordando uma dessas qualidades, a generosidade. A seguir falarei sobre as motivações do seu modo quase subversivo de «fazer e desfazer» a história. Por fim, mostrarei de que modo essas motivações se projectaram em dois dos objectos mais centrais da sua obra, o direito e os juristas.

⁽¹⁾ Congresso Internacional *Entre a História e o Direito*, 27 e 28 de Setembro de 2012, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

1. *Generosidade.*

António Hespanha era generoso porque estava sempre disponível para ajudar quem o procurava. Era genuinamente interessado no trabalho dos estudantes e colegas e estava sempre muito atarefado por causa dessa disponibilidade e desse interesse. Ajudava em todos os horários, em todas as circunstâncias, e sempre com muito tempo. Era nos horários e nas circunstâncias menos ortodoxas — a hora do almoço, do café, a espera no aeroporto ou até pelo autocarro — que a conversa com ele melhor fluía, e, muitas vezes, que mais se aprendia. Eu testemunhei e beneficiei de tudo isso, enquanto aluna, orientanda, colega e amiga. Mas essa generosidade ficou também documentada por muitos outros colegas e amigos que escreveram sobre ele, antes e depois da sua morte. É verdade o que disse a Maria Alexandre Lousada, investigadora do Centro de História da Universidade de Lisboa, quando, numa conversa telefónica emocionada, logo a seguir à notícia do seu desaparecimento, recordou como «Ele se preocupava mesmo conosco». Ou o que escreveu a Mónica Dantas, Investigadora do Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de S. Paulo, quando, depois de contar a história da sua amizade com o Hespanha, achou que valia a pena «ressaltar que, frente às dúvidas de seus alunos, ele não se furtava em ler livros, capítulos e artigos que nenhuma relação mais imediata tinham com seu próprio trabalho»⁽²⁾. Tamar Herzog, historiadora do Direito da Universidade de Harvard, também se referiu ao Professor Hespanha como «[...] a source of inspiration for his combination of intellectual brilliance, wonderful sense of humor, and enormous generosity, commitment, care and warmth»⁽³⁾. E Ângela Barreto Xavier, historiadora do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, outra aluna, orientanda e amiga sua, terminou um texto em homenagem a ele recordando-o como «um homem genuinamente

(2) Mónica DUARTE DANTAS, *Do processo Histórico à história do processo*, em «Práticas da História», 2019, 9, p. 193.

(3) Tamar HERZOG, *António Manuel Hespanha according to Tamar Herzog*, *ibidem*, p. 138.

bom, o que combinado com o intelectual genuinamente brilhante e comprometido, o tornam verdadeiramente insubstituível»⁽⁴⁾. Estes são apenas alguns testemunhos entre muitos outros, que não poderia citar sem ocupar todos os caracteres permitidos neste texto.

Não surpreende, por isso, que, quando, numa entrevista, Pedro Cardim (outro antigo aluno, colega e amigo) questionou António Hespanha sobre o futuro da sua produção intelectual, ele tenha respondido que, além do que já tinha planeado, «o resto há-de ser o que os amigos me pedirem e o que os clientes me obrigarem... Como sempre aconteceu»⁽⁵⁾. Estas suas palavras reflectem o que realmente aconteceu na sua vida de professor e investigador profundamente envolvido com a comunidade académica. Reflectem também algumas das suas convicções sobre o que a vida é, ou deveria ser. Por um lado, a sua convicção de que não somos nós, indivíduos, que determinamos a nossa vida, a sua desconfiança relativamente à ilusão da autodeterminação individual, da autossuficiência do indivíduo. Hespanha achava que a sua biografia tinha sido determinada por uma sucessão de acasos que não tinham que ver com a sua vontade, como tantas vezes sublinhou («A minha vida, por exemplo, tem apenas umas poucas ilhotas que resistiram às marés. Quase tudo o resto foram acasos. Eu acho que quase sempre bons; mas, porventura, apenas porque não sei no que dariam as hipóteses alternativas») (6). Nesta sua vida condicionada por factores que não controlava destacava, entre estes, a sua relação com os outros. Deixar-se determinar pela sua relação com os outros tinha que ver com a sua «maneira e ser», muito mais comunitarista do que individualista, mas relacionava-se também com a forte dimensão comunitária das suas concepções sobre a vida, que lhe tinha sido transmitida em família e aprofundada pelas mi-

(4) Ângela BARRETO XAVIER, *António Manuel Hespanha: fazer e desfazer a História*, em «Cuadernos de Historia Moderna, de la Universidad Complutense de Madrid», 44 (2019), 2, pp. 689-691.

(5) Pedro CARDIM, *Entrevista a António Hespanha*, em «Análise Social», 2011, 200, p. 445.

(6) *Autobiografia, António Manuel Hespanha. Caminhos do Destino*, em «Jornal de Letras, Artes e Ideias», Fevereiro-Março de 2007, p. 44.

litâncias católica e, mais tarde, comunista, segundo o que ele mesmo explicou (7). António Hespanha achava, e referiu isso num texto que sugestivamente intitulou «O meu trabalho é a política», que era uma vantagem «sentir continuamente a responsabilidade comunitária (mesmo que seja perante a pequena comunidade de um par de amigos ou de um encontro ocasional) do que fazemos. E, mesmo sabendo que vai sempre falhar, tentar fazer sempre as coisas bem, ou seja, de modo a que possam servir sempre algo mais dos que os limitados interesses de cada um» (8).

2. «Fazer e Desfazer história».

Não é por acaso que a frase «Fazer e desfazer História» é muitas vezes escolhida para subtítulo de conferências e de textos que se têm escrito sobre a António Hespanha. Foi ele próprio quem a inventou para subtítulo da revista de que foi o primeiro Director, a *Penélope. Fazer e Desfazer a História*, com um primeiro número surgido em 1988, e cuja colecção completa está hoje disponível online (www.penelope.ics.pt). Assim se compreende o título atribuído ao dossier que em sua memória foi publicado numa jovem revista portuguesa com a qual Hespanha colaborou, *Práticas da História*: «António Hespanha: Fazer e Desfazer História». Num dos textos deste dossier um historiador recentemente doutorado com uma tese sobre educação e «polícia» no século XVIII (9), explica, inspirando-se também em Michel Foucault, as

(7) António Manuel Hespanha entrevistado por Mafalda Soares da Cunha, Tereza Pizarro Belezza, Nuno Gonçalo Monteiro e Rita Garnel, em *Entre a História e o Direito*, Cristina Nogueira da Silva, Ângela Barreto Xavier e Pedro Cardim (orgs.), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 51-52.

(8) António HESPANHA, *O meu trabalho é a política*, em «Manifesto, Temas Sociais e Políticos», 2019-2020, 4, 2ª série, p. 151. Trata-se da republicação de um texto originalmente publicado no jornal «Manifesto», em Abril de 1994, por motivos que se explicam no próprio texto.

(9) Tomás AZEVEDO DE VALLERA, *'Torna-te o que deves ser'. Uma história da polícia como genealogia da escola moderna (meados do século XVII — segunda metade do século XVIII)*, Lisboa, Universidade de Lisboa, Instituto de Educação, 2019, para obtenção de grau de Doutor em História da Educação ([https://repositorio.ul.pt/jspui/bitstream/10451/41303/1/ulsd733781_td_Tom% c3 % a 1 s_Vallera.pdf](https://repositorio.ul.pt/jspui/bitstream/10451/41303/1/ulsd733781_td_Tom%c3%a1s_Vallera.pdf)).

diversas formas através das quais Hespanha surgia no seu trabalho como um « autor » e uma « autoridade », relacionando isso com o facto de António Hespanha cultivar « um certo tipo de olhar sobre o passado »⁽¹⁰⁾. É sobre esse olhar (que continua muito vivo, se considerarmos a juventude do autor deste texto), bem como sobre algumas das motivações mais profundas que lhe estiveram associadas, que vou agora escrever.

Do olhar de António Hespanha sobre o passado fazia parte, como já sabemos, a recusa da ideia de uma continuidade linear entre o passado e o presente, da ideia de um significado transhistórico das palavras e dos conceitos (como, desde logo, o conceito de *Polícia*, com que Tomás Vallera trabalhou), ou a ideia de que a história pudesse documentar o « progresso », como fizeram (e ainda fazem) alguns jushistoriadores, em relação ao Direito e às suas construções intelectuais e, em geral, os cultores das « teorias da modernização ».

Como explicou de forma muito densa num texto publicado em 1986, no mesmo ano em que publicou a sua tese de doutoramento (*Vésperas do Leviathan. Instituições e Poder político (Portugal, século XVII)*) e, depois, na introdução a outra das suas obras mais importantes, a *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio* (2012), essa forma de fazer a história era problemática do ponto de vista metodológico. Tinha efeitos sobre o passado e o seu conhecimento, porque produzia sobre ele uma imagem deformada, estabelecendo continuidades que não existiam, atribuindo às palavras e aos conceitos do passado sentidos que eles não possuíam, descrevendo-o com as categorias do presente, numa insistente retrospecção do presente sobre o passado⁽¹¹⁾.

(10) Tomás VALLERA. *António Hespanha como autoridade profana: reflexões sobre um encontro de escritas no contexto de pós-graduação*, em «Práticas da História. Journal on Theory, Historiography and Uses of the Past», 2019, 9, pp. 151-165.

(11) O texto de 1986 a que nos referimos é *A historiografia jurídico-institucional e a «morte do Estado»*, em «Anuario de filosofía del derecho», 1986, 3, pp. 191-227. Neste texto encontra-se uma crítica contundente ao uso da História do Direito para documentar o progresso do direito e do pensamento jurídico, além de uma primeira explicação completa do «antiestadualismo» de António Hespanha e de uma descrição muito rica das suas primeiras fontes de inspiração teórica e metodológica, que aí ex-

Mas para Hespanha era igualmente importante reflectir sobre o impacto que essa forma de fazer história tinha sobre o modo como encaramos o presente, a época em que vivemos. Aquela historiografia, achava Hespanha, também tinha aí um impacto negativo, porque promovia a celebração do presente: celebrava as formas políticas, as instituições e as categorias jurídicas do presente e contribuía para a sua legitimação. Por um lado, porque criava a ilusão de que algumas dessas categorias existiam desde sempre, eram intemporais, decorriam «[...] de categorias eternas da justiça e da razão jurídica», nas quais Hespanha não acreditava⁽¹²⁾. Mas, além disso, porque a história era muitas vezes contada de tal forma que essas categorias do presente surgiam como inevitáveis e definitivas. «[...] Como o resultado de um movimento inelutável e desejável de «modernização» social. Todas as mudanças históricas no sentido dos actuais paradigmas do poder são, portanto, consideradas como sinónimos de um natural progresso da vida comunitária (e não como modificações aleatórias no sentido de matrizes políticas hoje, também aleatoriamente, dominantes). O efeito desta interpretação da evolução histórica é uma nova falsificação do passado: não porque a sua especificidade não seja reconhecida⁽¹³⁾, mas porque ela é inserida num esquema evolutivo em que o carácter aleatório da evolução histórica é negado e em que todo o pas-

pôs, identificando os autores e os textos que até aquela altura mais tinham marcado a sua investigação ou com quem mais tinha dialogado (O. Brunner, Michel Foucault, Pierre Bourdieu, J.-M. Scholz, Jacques le Goff, F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, Clifford Geertz, Pierre Legendre, Niklas Luhmann, entre muitos outros que nomeia). As páginas introdutórias das edições mais recentes da *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, editada em várias edições e idiomas, e cuja última edição data de 2019 (Lisboa, Almedina), o ano em que António Hespanha nos deixou, constituem, de certo modo, a última versão, muito completada e reelaborada, do texto publicado em 1986. Neste livro, que constituiu a base das suas aulas de História do Direito em várias Universidades, portuguesas e internacionais, esclarece ideias menos desenvolvidas no texto de 1986 e acrescenta novas referências teóricas e novos autores marcantes na sua obra mais recente, tais como Zygmunt Bauman ou H.L.A. Hart.

⁽¹²⁾ V. António Manuel HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 17.

⁽¹³⁾ Ao contrário do que sucedia com a legitimação pela naturalização, pela sugestão de que as categoriais do presente são intemporais.

sado aparece como uma antecipação do presente ou este como a consumação da história⁽¹⁴⁾.

Foram várias os riscos que Hespanha identificou numa história que servia para demonstrar «[...] a linearidade do progresso»⁽¹⁵⁾. Por um lado era uma história que remetia o passado para a esfera do primitivo, do arcaico e do incompleto, reduzindo-o a uma mera antecipação do presente, sem autonomia. Isso prejudicava a compreensão do passado, mas comportava também o risco de se «passar a compreender assim todas as sociedades do presente que não fossem ‘modernas’»⁽¹⁶⁾. Ou seja, o risco do eurocentrismo, da avaliação das culturas não europeias a partir de padrões europeus e da percepção da superioridade destes, ancorada na ideia de progresso⁽¹⁷⁾. Por outro lado, Hespanha achava ainda que esta forma de fazer história também promovia «[...] a sacralização do presente, glorificado como meta, como o único horizonte possível da evolução humana [...]». Uma evolução na qual «[...] o modelo de organização política e jurídica das sociedades do Ocidente (direito legislativo, codificação, justiça estadual democracia representativa, etc.) é proposto como um objectivo universal de evolução sociopolítica, paralelo à abertura do mercado no plano das políticas económicas»⁽¹⁸⁾.

(14) V. HESPANHA, *A historiografia jurídico-institucional e a «morte do Estado»*, cit., pp. 220-221.

(15) *Ibidem*, p. 19.

(16) V. HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia...*, cit., p. 20.

(17) «Eis algumas manifestações da teoria da modernização no domínio da história das instituições. Apresentação como fenómenos (forçosos) de modernização social: a construção do ‘Estado moderno’ e a consequente ‘racionalização’ das relações de poder; uma alegada ‘revolução legal’ da época moderna; a ‘juridificação’ das relações sociais (antes reguladas ‘pela força’) na mesma época; a transição de um direito costumeiro para um direito legal e codificado; a substituição da justiça comunitária pela justiça judiciária; a ‘profissionalização’ da administração e da jurisdição, etc. [...] Que estas modificações sejam um sinal de ‘progresso’ ou ‘modernização’ sociais, eis o que tem sido problematizado sobretudo pela antropologia jurídica que, em contrapartida, tem destacado os graves problemas político-jurídicos postos por uma ‘modernização’ artificial do direito (i. e., uma sua redução aos modelos europeus) nos países pós-coloniais», V. HESPANHA, *A historiografia jurídico-institucional e a «morte do Estado»*, cit., p. 221.

(18) V. HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia...*, cit., p. 20.

Não se tratava, portanto, somente de proteger o passado de uma leitura deformante, de evitar a retroprojeção do presente sobre o passado. O que estava em causa, para António Hespanha, era também uma reflexão sobre o que mais lhe interessava na história, que era exactamente mostrar a «irreduzível alteridade» das sociedades do passado. Para, com isso, documentar «a variedade do humano», compatível com a valorização do pluralismo cultural, que sempre defendeu, de forma muitas vezes radical. Considerava ainda que a consciência dessa alteridade e da infinita variedade dos fenómenos humanos, por sua vez, capacitava o cidadão para «encarar de forma crítica as pretensões do presente para se constituir como um momento racional e necessário»⁽¹⁹⁾. Uma história atenta à diferença radical das sociedades do passado era libertadora, porque estimulava a imaginação sobre as sociedades do futuro, afastando do horizonte ideias como aquela, que denunciou em várias ocasiões, de acordo com a qual a ordem do capitalismo liberal era o «fim da História». Além disso, a história também servia para mostrar as alternativas que não se tinham concretizado, os caminhos que não tinham sido trilhados, mas que podiam ter sido. A esse propósito, recordou aos teóricos da «modernização» aquilo que, por causa do progresso (quer o «progresso científico técnico da cultura europeia», quer «as aquisições político-sociais no sentido da libertação do indivíduo») «se fechou como oportunidade de evolução ou que se perdeu. Como, por exemplo, o equilíbrio do ambiente, os sentimentos de solidariedade social»⁽²⁰⁾. No passado, como no presente, são muitos e variados os caminhos que poderiam ou podem ser trilhados («Há sempre alternativas, como houve sempre alternativas, mesmo que elas impliquem pôr em causa coisas que parecem inevitáveis»⁽²¹⁾).

Finalmente, esta procura do diferente e da alteridade explica a centralidade do conceito de ruptura nas reflexões mais teóricas de António Hespanha sobre a História e a sua escrita. Havia ruturas

⁽¹⁹⁾ V. António Manuel HESPANHA, *Caleidoscópio do Antigo Regime*, S. Paulo, Alameda, 2012, p. 82.

⁽²⁰⁾ V. HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia...*, cit., p. 20.

⁽²¹⁾ *António Manuel Hespanha entrevistado...*, cit., p. 58.

e descontinuidades profundas no processo histórico, e, por isso, o diálogo do historiador com o passado não tinha a suportá-lo nem categorias nem sujeitos transtemporais. Esta constatação obrigava a refazer a história teleológica e retrosprojectiva que Hespanha tinha denunciado, mas tinha ainda uma outra implicação para os que se propunham reescrever a história em outros moldes: a consciência de que todas as reconstituições que se fizessem sobre o passado serão sempre revisíveis, transitórias. Como não existe uma capacidade transhistórica de aceder ao passado, não «se faz história como se respira». Pelo contrário, «[...] a realidade histórica não está aí, antes é construída pelo olhar do historiador, que selecciona perspectivas, que constrói objectos que não existem empiricamente (como curvas de natalidade ou fenómenos de longa duração), que cria esquemas mentais para os relacionar (a «influência», a «causalidade», o «efeito de retorno»), que introduz cadências no tempo, que recorta os espaços de observação, que introduz limiares de relevância para cada fenómeno, que distingue e aproxima, etc.»⁽²²⁾.

O subtítulo que escolheu para a revista *Penélope*, «fazer e desfazer história», era, assim, uma forma de recordar aos historiadores que não só a história já feita devia refazer-se como, além disso, as novas investigações que se fizessem seriam incessantemente revistas e refeitas. E, assim, ele refazia a história que outros tinham feito, fazia e ajudava a fazer história, e estava sempre pronto para desfazer de novo, e refazer. Ao contrário do que achavam muitos professores de História com quem falava — que o saber histórico ensinava valores humanos, incutia o sentido do progresso ou revelava a identidade — Hespanha achava que era melhor educar para a liberdade, o risco e a reflexão crítica:

Educar é treinar para a liberdade, para o risco, para a reflexão e para a crítica. É ensinar que a realidade é muito complexa e muito incerta; que não há muletas nem redomas que nos poupem a ter que arriscar sem garantias, a ter que decidir sem verdades pré-estabelecidas, a ter que viver sem exemplos. É treinar serenamente para a dramática experiência da liberdade⁽²³⁾.

(22) António Manuel HESPANHA, *Poder e Instituições no Antigo Regime. Guia de Estudo*, Lisboa, Ed. Cosmos, 1992, p. 15.

(23) HESPANHA, *Caleidoscópio do Antigo Regime*, cit., p. 83.

Eram estas as noções que transmitia aos alunos de Direito da Universidade Nova de Lisboa, logo no primeiro dia de aulas. Ainda hoje podemos ouvi-lo, num pequeno vídeo de «Boas vindas» a esses alunos⁽²⁴⁾.

Não foi só nas aulas que esta forma de encarar a história determinou o trabalho de António Hespanha junto de públicos mais vastos. Quando, nos últimos anos da década de '90, foi Comissário-geral da Comissão Nacional para a Comemoração dos Descobrimentos Portugueses, um organismo da política cultural do governo especificamente criado para comemorar acontecimentos ligados à presença dos portugueses na Ásia, em África e na América, considerou que a descontinuidade entre o passado e o presente também libertava o presente das responsabilidades do passado. Por exemplo, em relação à escravização dos povos de África ou da América, ou à perseguição a judeus e cristãos novos. Achava que a responsabilidade histórica era, do ponto de vista moral, difícil de justificar e até perigosa, dando para isso o exemplo da responsabilização histórica do povo judeu pela morte de Cristo, na sua articulação com o antisemitismo. Uma vez mais, o que estava em causa era a rejeição de um sujeito transhistórico susceptível de ser «culpado» e, de novo, a valorização da diversidade humana, por muito chocantes que algumas práticas surgissem, aos olhos de hoje. O que considerava urgente, aproveitando o momento das comemorações, era reconstruir uma imagem multifacetada dos outros povos, capaz de substituir a imagem unilateral, etnocêntrica e autoapologéica que a expansão portuguesa tinha produzido. Divulgar, desta vez, «uma imagem não deformada do outro»:

Também não temos, nós os portugueses de hoje, que pedir desculpas a ninguém pelo que se foi passando, desde há quinhentos anos, nas relações entre nós e os outros. Mas temos hoje o dever — que se cumpre com actos e não com piedosas, anacrónicas e inúteis desculpas — de tentar revelar o Oriente inabsovrível, incompreensível, indomável, radical e escandalosamente outro que os nossos cronistas não descreveram, que os nossos santos não catequizaram, que os nossos heróis não conquistaram, que os nossos reis não governaram, que os nossos mercadores nunca compraram, que os

(24) António Manuel HESPANHA, *Boas vindas aos alunos*, <https://www.youtube.com/watch?v=yOZjqrUXBpA>.

nosso sábios não entenderam, que os nosso salões não albergaram e que, finalmente, os nossos antropólogos exotizaram [...] ⁽²⁵⁾.

Não havia aqui nem condescendência, nem esquecimento ou «branqueamento» da memória colectiva. Pelo contrário, pois nos tempos em que liderou aquela Comissão António Hespanha trouxe para o espaço público os lados mais «incómodos» da história. Por exemplo, a história dos judeus em Portugal, ou o lado violento da actuação de Vasco da Gama no Índico, uma chamada de atenção que lhe valeu muitos dissabores, por pôr em causa a imagem heroica de Vasco da Gama e da sua viagem à Índia, um momento grande da memória nacional portuguesa. Também promoveu a desmistificação de ideias feitas sobre a bondade da colonização portuguesa, distanciou-se da ideia, que na altura reunia um certo consenso, de olhar a Expansão portuguesa a partir da ideia de «Encontro de culturas», pela ênfase que este «encontro» colocava nos aspectos positivos da «Expansão», ocultando outros, menos positivos. Finalmente, procurou comemorar produzindo conhecimento histórico rigoroso e justo, numa visão em que a ideia de compensação estava muito presente, ainda que independentemente de qualquer responsabilização.

A ideia que me parece moralmente correcta, neste contexto, é justamente essa outra de, metodicamente, fazer o balanço correcto do que se passou na história, percebendo a complexidade dos factores que coincidiram numa mesma conjuntura para a produção de resultados que nós, hoje, consideramos negativos. E — feito isto e independentemente de uma maniqueísta imputação de responsabilidades às gerações actuais — trabalhar, pela positiva, para reparar as consequências actuais de erros alheios passados. Se se enviaram negativamente imagens dos outros, contribua-se hoje para as rectificar; se no passado se explorou injustamente, ajude-se hoje fraternalmente; se se causou bloqueamentos e atrasos, incentive-se hoje o desenvolvimento ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ António Manuel HESPANHA, *Comemorar como política pública. A Comemoração dos Descobrimentos Portugueses, ciclo 1997-2000*, em «Práticas da História», 2019, 8, pp. 204-205, citando aqui um Editorial seu, que publicou num dos números da Revista «Oceanos», publicada pela Comissão para a Comemoração dos Descobrimentos.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, p. 216.

3. *Os juristas e o saber jurídico.*

Tendo sido um grande historiador, António Hespanha poderia também ter sido um grande cineasta, um grande pintor, ou, mais provavelmente, um grande arquitecto, pois a arquitectura foi a sua paixão inicial. Desenhava muitíssimo bem, gostava de realizar «curtas metragens» para os alunos, como também pequenos filmes, nos quais podíamos visionar os eventos em que participava (mos). Se tivesse investido nestas artes teria muito provavelmente sido nelas tão marcante quanto foi como o historiador que acabou por ser.

O facto, porém, é que, no início da sua vida, nada fazia prever este destino de historiador. A tradição familiar, juntamente com a pressão do pai, tinham-lhe destinado uma «respeitável carreira de jurista» («Nasci numa família de juristas. O meu pai era notário, tendo passado uma parte da minha juventude no seu cartório [...]. O meu avô era conselheiro aposentado, de olhos muito azuis e farto bigode branco [...]. O meu tio e padrinho era juiz, tendo subido até ao Supremo. Eu e o meu irmão estudaríamos ao lado dele durante o nosso curso todo, entre as suas pilhas de processos. Com estes antecedentes todos e, principalmente, com a imperiosa teimosia do meu pai, lá tive que abandonar, primeiro, a ideia de vir a ser arquitecto. Depois, a vontade de ir para história, cujo gosto me fora despertado por um impar professor de liceu [...]. Na Faculdade de Direito estudei, em geral, a contra-gosto; mas, já que lá estava, portei-me como um bom estudante [...]. Se a vida tivesse um fio de lógica, eu inauguraria uma respeitável carreira de jurista, como o meu pai tanto queria»⁽²⁷⁾). Na Universidade estudou, portanto, Direito, de que não gostou («Eu nunca gostei de Direito. Fiz o curso por piedade filial, sempre contrariado, tanto

⁽²⁷⁾ *Autobiografia, António Manuel Hespanha. Caminhos do Destino*, cit., p. 44. Aqui conta também como iniciou a sua carreira universitária na Faculdade de Direito de Coimbra, de que modo as reviravoltas da vida fizeram com que, já em Lisboa, se doutorasse em História, na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, e não em Direito; e também como, no fim, acabou a sua carreira como catedrático em Direito, na nova Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

com as matérias como com a autossuficiência com que eram expostas») (28). Achava que os juristas tinham uma tendência para «sacralizar o modo como o direito de hoje descreve o mundo» e para «ter os seus modelos e categorias como cunhados pela razão, pela objectividade e por valores necessários» (29). Por isso os designou, com sentido de humor, como «sacerdotes do Direito», evocando a definição que deles era dada na parte introdutória do Digesto de Justiniano (30).

O facto, porém, é que, entre os muitos temas sobre que escreveu, a história dos juristas e do direito teve um lugar absolutamente central (31). Porque, como também testemunhou numa das suas entrevistas, abstraído da antipatia que sentia pelas «certezas

(28) *António Manuel Hespanha entrevistado...*, cit., p. 67.

(29) *Ibidem*, pp. 58-59.

(30) Refere-se a essa ironia numa entrevista conduzida por Alejandro Agüero, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=58IjWGdC7bw>.

(31) Escreveu dezenas de textos sobre juristas e direito. Sem querer ser exaustiva, identifico aqui os títulos mais importantes em que a referência aos juristas é explícita: *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration*, em *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, E.-V. Heyen (ed.), Frankfurt/Main, Vitt. Klostermann, 1984, pp. 1-28; *As transformações revolucionárias e o discurso dos juristas*, em «Revista crítica de ciências sociais», 1986, 18/20, pp. 311-342; *L'étude prosopographique des juristes: entre les «pratiques» et leurs «représentations»*, em *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, J.-M. Scholz (ed.), Frankfurt/Main, Vitt. Klostermann, 1992, pp. 93-101; *Os juristas que se cuidem. Dez anos de inteligência artificial e direito*, em «Themis», 2000, 1, pp. 139-173; *Os juristas como couteiros*, em «Análise Social», 2001, 161, pp. 1183-1209; *Os juristas mais característicos fazem parte do problema e não da solução*, em «Prisma jurídico», 7 (2008), 1, pp. 17-26; *Juristas e direito na cultura europeia*, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. V: *História e política entre Memórias e Ideias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 185-201; *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, Amazon-Kindle Edition, 2015; *Sacerdotes do direito: Direito, juristas e poder social no liberalismo oitocentista*, Amazon-Kindle Edition, 2017; *A ordem do mundo e o saber dos juristas: Imaginários do antigo direito europeu*, Amazon-Kindle Edition, 2017. Já depois da sua morte foi publicado um outro artigo seu sobre juristas, *Thirty Years of Studies on Prosopography of Portuguese Early Modern Jurists*, em «Rechtsgeschichte — Legal History. Journal of the Max Planck Institute for European Legal History», 2019, 27, pp. 22-51.

dos juristas»⁽³²⁾, achava que estes, e o seu saber, eram fontes de informação privilegiada sobre o funcionamento das sociedades ocidentais do passado. Nomeadamente as da Época moderna, a que dedicou muitos anos de investigação. Ainda que de forma muito complexa, com muitas mediações que os mantinham separados do mundo (e o mundo deles), os juristas formatavam a vida e eram também formatados por ela. O seu discurso era orientado para a acção pelo que, por muito que dissessem que o que não estava nos livros não estava no mundo (*quod non est in libris [de iure], non est in mundo*) — frase em que António Hespanha e baseou para afirmar que os juristas achavam que o direito substituía a vida⁽³³⁾ — o seu mundo tinha que ter alguma relação com o mundo da vida:

[...] ao discutir e justificar as suas conclusões [os juristas] revelam o universo dos pontos de vista, de argumentos e de razões que podiam convencer os seus contemporâneos. Ou seja, os juristas descrevem muito detalhadamente o mundo e muito exaustivamente as razões que movem o mundo; o seu mundo, claro, e as suas razões para o movimento do mundo. Porém, como o seu saber é organizado para intervir, como é um saber prático, como visa dirigir comportamentos e dirigi-los pelo convencimento, as suas proposições e as suas razões têm que suscitar os consensos, propondo coisas possíveis, se possível agradáveis, baseadas em razões prováveis. O enraizamento da visão jurídica do mundo pressupõe este contínuo trânsito entre a ‘cultura’ de um grupo e a ‘natureza’ de todos, estas permanentes apropriações culturais da ‘natureza’ e ‘naturalização’ da cultura⁽³⁴⁾.

António Hespanha interessou-se muito por este passado do direito e dos juristas. Mas o que mais lhe interessou, na sua incursão por esse mundo foi, novamente, a percepção de que havia rupturas entre o passado do Direito e o presente, de que aquele, o passado, era um mundo diferente. Ao mostrar a irredutível diferença do mundo destes juristas e da forma como o viam, ao descrevê-los com o método dos antropólogos, prosseguia, além do conhecimento do passado, um outro objectivo, que soa como muito familiar: o de abalar as certezas dos juristas do presente, mostrando-

⁽³²⁾ HESPANHA, *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, cit. p. 3.

⁽³³⁾ CARDIM, *Entrevista a António Hespanha*, cit., p. 438.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, p. 3.

lhes que outras formas de organização do pensamento já foram experimentadas, que aquelas pelas quais hoje se guiam não são a única alternativa. Assim, ao descrever a «estranha» forma que os juristas da Época Moderna tinham de expor as matérias do Direito, ao revelar as «pré-compreensões» subjacentes aos seus institutos jurídicos, bem diversos dos actuais, Hespanha encarou essa diferença como a prova, no campo de Direito, daquilo que sempre tinha afirmado sobre a vida das sociedades em geral: de que «também o nosso saber jurídico está assente em lógicas que, num futuro mais ou menos próximo, se irão perder e deixar de valer como fundamento das soluções. No passado antevemos, por isso, o futuro das nossas certezas»⁽³⁵⁾.

Historiador inquieto, António Hespanha, que sabia que, pelo menos nas sociedades ocidentais do início do século XXI, os juristas e o direito faziam falta⁽³⁶⁾, queria que os «espíritos majestosos dos juristas majestosos» se aproximassem dos «espíritos inquietos dos historiadores inquietos»⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ HESPANHA, *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, cit., p. 16.

⁽³⁶⁾ «Momentaneamente, parece estarem em ocaso, com os movimentos de des-estatização e com a dissolução do direito numa constelação muito vasta de ordens normativas, cujo (re)conhecimento é reclamado por outros intelectuais. Mas, cada vez mais, acho que ainda vamos sentir a sua falta, se é que não a sentimos já...», *António Manuel Hespanha entrevistado...*, cit., p. 67. Por esse motivo, nos seus textos e livros mais recentes, António Hespanha escreveu sobre o Direito e a política do Direito na sociedade contemporânea, tendo-se dirigido directamente aos juristas seus contemporâneos.

⁽³⁷⁾ *Autobiografia, António Manuel Hespanha. Caminhos do Destino*, cit., p. 44.

PAOLO CAPPELLINI

PER ANTÓNIO MANUEL:
UN RICORDO DALL'ETÀ DELL'ORO

*Sul ramo
pronti a partire
come gli uccelli.*

Giuseppe Longo

È difficile per chi è stato provato dalla morte, scrivere per prendere congedo dall'amico scomparso: è veramente una 'difficile despedida' come ha detto, con la precisione del cuore, un altro carissimo amico, Ricardo Marcelo Fonseca, insieme al quale, e a Giovanni Cazzetta, per ventura, qualche tempo fa, era l'ottobre del 2018, se la memoria non inganna, trascorsi un'ultima volta ore liete, seppur già allora velate dall'ombra della malattia, con António Manuel Hespanha, qui a Firenze nel ristorante Cafaggi di via Guelfa, ritrovo storico per noi amici del Centro di Paolo Grossi; un luogo che — e non so ricordare se l'ho mai detto ad António, al quale, per come l'ho conosciuto il particolare sarebbe forse piaciuto — per singolare coincidenza si ritrova descritto in un bel romanzo portoghese di Francisco José Viegas, anche tradotto in italiano, ambientato in Brasile «Lontano da Manaus». E così un cerchio si chiude, come sembra chiudersi in un cerchio la vita, e con dolore. Ma queste povere righe, che non hanno e non possono avere la pretesa di ripercorrere neppure per grandi linee l'itinerario intellettuale e la ricchezza di una personalità che va per riconoscimento comune e indiscusso annoverata tra i grandi storici (anche del diritto) della seconda metà del novecento e di inizio del nuovo secolo, vogliono cercare invece di riaprire quel cerchio, e così anche lenire quel dolore. Una *meditatio mortis* che diventi

una *meditatio amicitiae*, non al servizio di quella rimozione della morte che inizia, non a caso, nell'età dei Lumi, ma della consapevolezza storicamente antecedente (e che forse in altre forme può ritornare, ora che l'età moderna sembra chiudersi, ma su questo tema a lui così vicino tornerò alla fine) che vedeva in essa un momento decisivo nel quale l'individualità personale e umana riceveva la forma definitiva — come scriveva Pier Paolo Pasolini, «Dopo la morte, la continuità della vita non c'è più, ma c'è il suo 'senso'» — entrando in un diverso tempo, un tempo che appunto quella forma 'salvava'.

E vorrei dire che forse nell'anima di ognuno di noi ci deve essere un luogo in cui un'anticipazione di quella forma, quella degli amici, delle persone incontrate che hanno segnato, cambiato in positivo la nostra vita, va ad imprimersi in modo indelebile, e lì resta e ci accompagna. In attesa di qualche traccia, di qualche segno che la riporti in noi al presente.

La traccia a cui alludo, dal momento che l'ho ricevuta, l'ho tenuta con me come segno prezioso in varie 'stanze', in varie 'soglie' del mio 'abitare', e mi richiama irresistibilmente alla mente un passo, ripreso da Giorgio Agamben nel suo *Studiolo* (nel capitolo appunto intitolato «l'arte delle soglie»); un passo di Leon Battista Alberti che equiparava la pittura ad una finestra aperta sulla realtà: «dirò quello fo io quando dipingo... *Principio*, dove io debbo dipingere scrivo uno quadrangolo di retti angoli quanto grande io voglio, el quale reputo essere una finestra aperta per donde io miri quello che quivi sarà dipinto».

È infatti un acquerello di mano dello stesso António, con una dedica in amicizia, che raffigura la Eschenheimer Turm di Francoforte, con le sue cuspidi e merli, di un delicato color giallo oca o terra di Siena, su di uno sfondo di edifici e particolari in parte ancora esistenti, in parte forse da paesaggio fantastico; ed è datato aprile 1982 a segnare anche l'anno del nostro conoscerci.

Una 'finestra' che riporta me, allora giovane appena laureato che muoveva i primi passi di una formazione di ricercatore presso il *Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*, fondato dalla visione lungimirante di Helmut Coing, e fucina di generazioni di storici del diritto e studiosi, ad una vera e propria età fe-

lice di incontri e di occasioni di arricchimento che non esiterei a definire irripetibile, e che sempre mi fa considerare, nonostante l'evidente soggettivismo 'onirico' della qualificazione, peraltro da quasi nessuno condivisa, Francoforte come la città più bella della Germania, e la Freiherr von Stein Strasse n. 7-9 un luogo mitico.

'Un'età dell'oro' fatta di persone più che incontrate, «vissute», neanche tutte del resto appartenenti al mondo del diritto, e tutte, in un modo o nell'altro per me indimenticabili. Da Götz e Clara Lahusen, a Lutz Krosien e Carsten Eggers, a Sigrid Altdorf all'*Hausmeister* di allora Herr Müller, all'amministratore Herr Gräber, alla impagabile bibliotecaria Frau Cornelia Cullmann, che generosamente invitava i giovani borsisti al Cafe Laumer, dove anche T.W. Adorno portava i suoi studenti, al direttore prof. Walter Wilhelm, che ricordo con un affetto tutto particolare, a Frau Deter e Frau Schedivetz, a Frau Huss, creatrice della libreria *Huss'sche Buchhandlung*, luogo di incontro di intellettuali e poeti (ho ancora nelle orecchie una folgorante lettura delle sue poesie di Ernst Jandl) ai *Wissenschaftliche Mitarbeiter*, Mohnhaupt, Bergfeld, Wagner, Wolf, Buchholz, M.T. Fögen, J.M. Scholz, con il quale António, per motivi di consonanza metodologica ed essendo lui lo specialista dell'area ispanico-portoghese dell'Istituto, aveva una particolare sintonia. E potrei continuare ancora, frugando nella memoria.

Ma appunto Francoforte e il Max Planck sono stati il luogo dove ho incontrato António Manuel e ho avuto il privilegio di giovarmi della sua generosità, intellettuale certo, ma non solo (e un altro caro ricordo mi si riaffaccia alla memoria, quando, non so più bene se l'anno dopo, o successivamente, ma certo di non molto, ebbe ad ospitarci, noi tre fratelli, io, Giovanni e Maria, presso di sé con Graça, e la famiglia, Paula e João, allorché intraprendemmo un lungo viaggio in treno da Firenze, attraversando la Spagna, per giungere infine a Lisbona, e poi, accompagnati da lui, ancora fino a Sintra, al Cabo de Rocha, «il punto più occidentale di Europa»).

Per segnare solo alcune delle suggestioni che negli incontri, nelle passeggiate per Francoforte, nei suggerimenti di approfondimenti e letture, ebbi a ricevere da lui, vorrei però rifarmi brevemente ad un suo intervento del 1991 nella rivista *Scienza&Politica*,

anche perché il titolo, simpatico e singolare, della rubrica, *Heautontimorumenos*, ci riporta davanti agli occhi quel suo sorriso, al contempo benevolo e ironico, accompagnato da un particolare movimento delle palpebre, che era una cifra della sua visione del vivere e dell'agire dell'uomo, vasta, profonda, sempre partecipe, pur nel rigoroso esercizio critico. L'oggetto era, per così dire, una auto-recensione, appunto da terenziano «punitore di se stesso», di uno dei suoi testi seminali, stampato per la prima volta in portoghese, se non vado errato, nel 1986-7, *As Vésperas do Leviathan: instituições e poder político: Portugal — Séc. XVII*, ma qui letto nella sua versione spagnola del 1989.

Nel ripercorrere la posta in gioco, che si articolava in una *rottura* rispetto all'immagine continuistica sviluppata, per motivi certo diversi, sia dalla storiografia liberale del sec. XIX, sia da quella autoritaria dei sostenitori dell'*Estado Novo* degli anni Trenta e Quaranta del Novecento, del rapporto tra strutture politiche dell'antico regime e uno «Stato» precocemente centralizzato, António Manuel sintetizza alcuni elementi chiave della sua concezione, che, credo di poter dire anche in forza dell'esperienza di quegli incontri per così dire 'aurorali', erano e resteranno come nuclei permanenti del suo percorso. Anzitutto il tema che lo studioso trae dalla sua consuetudine anche delle carte d'archivio d'antico regime, della «costellazione di poteri», in una parola del ruolo del plurale, del 'molecolare', anche della 'violenza dolce', nella configurazione degli assetti giuridico-politici. Questa attenzione — che, ricordo, lo portava anche a fare e consigliare letture 'eccentriche' rispetto ai testi battuti dagli storici del diritto: alcuni nomi mi son rimasti impressi, fin da allora, come quelli del 'futurologo' americano Alvin Toffler, profeta della «terza ondata» di civilizzazione costituita dai self-media e dal cyberspazio; di Walter Ong, lo studioso gesuita che indagava l'incidenza materiale e culturale della stampa sulle modalità del passaggio «dal pensiero argomentativo dominante nel secolo XVI, a quello invece sistematico, il cui emblema viene ad essere rappresentato dalla nuova logica di Pietro Ramo»; per finire con Jack Goody, che con la sua «raison graphique» analizzava il rapporto tra oralità e scrittura (grafica, modalità di classificazione) della 'parola' sulle varie forme di civiltà; e con

Boaventura de Sousa Santos con la sua attenzione al diritto « informale », il « *direito das favelas* » — questa attenzione ‘pluralistica’, che derivava anche lucidamente, collocandosi tra « coloro che credono fermamente nel carattere ‘costruito’ della narrazione storica », era poi connessa ai suoi referenti metodologici:

L'autore vi confessa le sue fonti di ispirazione: *máximas* la tradizione weberiana (combinata con [i resti di] una formazione materialista) e M. Foucault e le letture di antropologia giuridica e culturale soprattutto sui poteri informali e il *legal and political bargaining* nei mondi della comunicazione orale. Subito dopo, un prospetto delle limitazioni esterne del sistema — la demografia, l'organizzazione dello spazio, le finanze, le istituzioni politico-amministrative — tutte trattate dal punto di vista del politico, cioè come fattori costanti di una configurazione dei poteri in una società data piuttosto che come l'usuale sacrificio ai modelli di scrivere una tesi di storia portati in auge dalla scuola delle ‘Annales’. E infine, il nocciolo duro: la descrizione del modo di produzione del potere e della sua distribuzione nei differenti piani politici della società.

Benché già allora avessimo sensibilità diverse, con riferimento, e sia pure, ai ‘resti’ di una formazione materialista, a cui in lui faceva comunque coerentemente riscontro un impegno politico concreto nelle vicende relative al dissenso nei confronti del regime salazarista — caietanista, e a ciò che fece seguito alla rivoluzione « dei garofani », alcuni dei risultati ‘teorico-metodologici’ raggiunti sul campo per merito di tali premesse, erano non solo insieme sorprendenti e suggestivi, ma anche più che condivisibili, e recepibili come indicazioni di ricerca pur se si partisse da orizzonti culturali diversi. Lascio ancora la parola a António Manuel, perché la sua scrittura si ritrasformi in noi in una oralità coscienziale ancora vivente:

Anzitutto una (breve ma enfatica) immersione nell'auto-rappresentazione politica della società moderna e nel ventaglio di luoghi comuni, di modi di dire, d'immagini e d'esempi, in una parola, dei mezzi di produzione intellettuale con i quali si è data forma ad un modello di organizzazione politica al quale si tratterà, in seguito, di dare ‘carne’. Il peso dato a questa tradizione intellettuale e testuale ed il carattere ricorrente della sua utilizzazione lungo tutta l'opera per spiegare le pratiche di potere *costituisce, forse, una delle caratteristiche più inusuali del mio racconto. In effetti, la storiografia sociale e politica affermata difficilmente ammette che testi o rappresentazioni dottrinali producano effetti al livello dei meccanismi sociali ‘empirici’. Segnatamente quei sacri testi giuridici, campo di lavoro di una tribù storiografica la cui reputazione non è del tutto buona: gli storici del diritto. Io, al contrario, vi credo*

sempre di più. E in alcuni lavori più recenti non ho potuto che rafforzare questo convincimento, sia per ciò che riguarda il diritto, sia per ciò che concerne un altro campo oscuro per gli storici 'del sociale': la teologia, o meglio la teologia morale. Per altro se ci si avvicina a quest'ultima spogliandosi da ogni comprensione 'attualizzante', si arriva, attraverso una strada più diretta e chiara di altre spesso tentate, a una antropologia della società europea di antico regime (suggerimento fertile avanzata da alcuni anni da Bartolomé Clavero), e a constatare tutti gli scarti della sua architettura rispetto alla nostra. Solamente, occorre prendere i testi sul serio, senza cadere nella trappola di ridurre la loro economia, la loro grammatica, la loro logica, a metri contemporanei. Cosa che non si può fare senza un notevole sforzo di contenzione del nostro inconscio politico e sociale.

È bensì vero che una parte dell'effetto perturbatore — e qui parole definitive ce le dice, e *pour cause*, lo stesso Bartolomé Clavero nella sua *Lembrança* — deriva da quella che António Manuel definiva la sua formazione fuori dagli schemi:

Rompendo con i quadri larghi e a lungo accettati, *venendo da un parvenu di formazione eterodossa (un giurista pentito o mancato)*, assegnando un peso più marcato alla 'teoria' piuttosto che alla polvere degli archivi — dove, tuttavia, il suo autore ha (sopra)vissuto per alcuni anni — centrato su fonti che gli storici non controllano affatto (le fonti della tradizione giuridica), il libro sembra essere per il momento (?) guardato come un saggio perturbatore, per quanto forse brillante, la cui affidabilità è ancora da provare.

Ed è altresì vero che il 'giurista pentito' Hespanha — 'mancato' non lo diremmo, ma anche di questo in fine — in una illuminante intervista fattagli dallo storico Pedro Cardim e apparsa nel 2011 nella rivista «*Análise Social*», XLVI, 200, pp. 430-445, peraltro preceduta da una fotografia scattata dallo stesso Cardim, che, con i suoi classici occhiali, 'descamisado', assorto e, allo stesso tempo, 'freundlich', pur se non guardi direttamente in camera, ce lo restituisce nel suo più vero tratto; il 'giurista pentito' Hespanha segnalava, a fronte di una domanda dell'intervistatore, che sembrava quasi ipotizzare una 'rottura' rispetto alla fase precedente («*Voltando a sua agenda de investigação è muito evidente que o que fazia nos anos de 1980 è muito diferente de que estava a fazer dez anos mais tarde*»), la sua evoluzione rispetto a quanto aveva fatto negli anni del nostro incontro francofortese e in quelli immediatamente susseguenti: «*Na verdade, o que faço hoje è, sobretudo nos temas, muito diferente do que fazia nos anos 80/90*».

E infatti c'erano state le esperienze di Goa e Macao — della cui importanza e particolarità ho avuto alcune volte ancora occasione, e il piacere-privilegio di discorrere, ch  va sottolineato che Ant nio non solo era un investigatore dell'oralit  come dimensione culturale, ma anche un meraviglioso e generosissimo conversatore, un affascinante 'affabulatore' —; il passaggio all'insegnamento in una Facolt  giuridica, l'ingresso nell'ICS (Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa), il ruolo di Commissario Generale per le commemorazioni 'dos Descobrimentos Portugueses', il dedicarsi alle ricerche sulla dimensione della storia e del diritto coloniale/imperiale portoghese. Nonch  la messa a frutto di nuove suggestioni culturali, da P. Bourdieu a P. Legendre, per citarne qualcuno, poi Luhmann, fino ad arrivare, nel 1997/99, a quell'opera — che nella traduzione italiana perde un po' la suggestione del titolo originale (*Introduzione alla storia del diritto europeo* invece che *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*) — che ben si pu  reputare centrale (un non proprio irrilevante indizio 'materiale': la sua edizione cinese), sia come sintesi del lavoro passato, sia come apertura verso il futuro.

Un futuro-presente che lo storico e giurista Hespanha ha, credo, sempre voluto avere davanti agli occhi come dimensione temporale decisiva per la stessa storiografia che andava praticando:

In primo luogo   un testo che a me pare invertire la tendenza comune di privilegiare nella storia del diritto le epoche pi  remote a scapito di quelle pi  recenti. Al contrario, qui i secoli XIX e XX occupano quasi la met  del libro. *Si pu  dire anzi che gli ultimi capitoli parlino esclusivamente del presente, se non addirittura del futuro.*

Potremmo qui allora richiamare per pi  di una assonanza (non certo solo nel nome) un altro grande della storia portoghese il padre Antonio Vieira (Lisbona 1608 — Bahia, Brasile, 1697) e la sua *Historia do futuro*, se volessimo attribuire ad Ant nio una qualifica che tenga nel debito conto il suo lato per cos  dire 'avvenirista', appunto quella di storico (anche) 'del futuro'. Di questo lato — ma, come della restante sua, fittissima, agenda di investigazione di cui stiamo discorrendo — va riaffermata la intima connessione col nucleo generatore di pensiero sviluppato negli anni 80/

90 (di fatto ciò che è « molto differente », sono « soprattutto i temi » affrontati, ma resta costante l'assegnazione di « un peso più marcato alla 'teoria' », e l'indicata pregnanza nei processi storici concreti, nel 'mondo della vita', del pensiero e della cultura giuridica, che, non per caso, ne hanno fatto sino ai suoi ultimissimi scritti un sodale e amico del Centro di Paolo Grossi e dei suoi *Quaderni fiorentini*): e allora si dovrà dire che quest'intima connessione è, se non ci inganniamo, dovuta a due fattori principali.

Il primo, la permanente insoddisfazione per il diritto dell'oggi (apparentemente neutrale) qual è e si mostra (nella acuta consapevolezza della sua *pos-modernità*), e la ricerca di un diritto 'altro' (qui la guida è, in dialogo con Chomsky, il Foucault della decostruzione dei 'dispositivi', che troviamo *in limine* al *Panorama histórico*: « Credo che il vero lavoro politico, in una società come la nostra, consista nel criticare il funzionamento di istituzioni che sembrano neutrali e indipendenti: criticarle in modo che la violenza politica che sempre si esercita oscuramente per loro tramite sia smascherata e possa essere combattuta »).

Il secondo è il sempre cercato e amato rapporto coi giovani, siano essi i suoi studenti o i suoi allievi (sempre il *Panorama* lo vede includere nella prefazione i collaboratori ai suoi corsi, e la lista non breve si apre con il nome di Ana Cristina Nogueira da Silva, oltre a ricordare gli amici spagnoli Carlos Petit e Antonio Serrano González, e per l'Italia chi scrive e Aldo Mazzacane, in un ideale sodalizio che ci riporta tutti a quegli anni giovanili di Francoforte); già nell'auto-recensione prima ripresa l'analisi si corona in conclusione nel richiamo al suo compito di docente e ai suoi studenti di storia « ai quali nelle prime lezioni del corso, esprimo pareri solenni sul carattere dissolvente delle mie concezioni sul sistema politico dell'epoca moderna, concezioni che non devono in alcun caso essere propagate se non in gruppi di persone con una « preliminare e solida formazione morale ».

Le testimonianze che vanno in tal senso sono anche altre, e non irrilevanti: « Infatti, pur rispettando e amando molto la storia (mia professione e passione), non mi ha interessato tanto evocare l'antichità, quanto stimolare i lettori a una riflessione sul dritto d'oggi e sui suoi problemi. In tal senso si tratta [così ancora nel

Panorama histórico] più di un'opera propedeutica allo studio del diritto che di un semplice manuale di storia. Forse è una seconda buona ragione per pubblicarlo». E poi, ancora nell'intervista a Cardim, il ribadire, quasi riprendendo il tema della luhmaniana teoria dei sistemi — che, appunto, gli sembrava una prospettiva «adeguata ai punti di vista postmoderni prima descritti, in particolare all'idea dell'autonomia del diritto rispetto alle altre dimensioni della pratica sociale (antifunzionalismo), all'idea di capacità autonormativa del quotidiano, di pluralismo giuridico e di carattere «locale» del sapere giuridico» —; riprendendo, dicevamo, il tema della luhmaniana teoria autopoietica dei sistemi, ovvero quello della introduzione, dall'esterno all'interno di un sistema, «delle 'irritazioni' atte a scatenare un processo di ristrutturazione che abbia le conseguenze desiderate», il ribadire che «na verdade, mesmo no âmbito da formação dos juristas, parece-me mais formativo mostrar o diferente e perturbador do que o habitual e calmante».

E allora, forte della consapevolezza che «È este facto da relativa indisponibilidade do discurso que autoriza uma história autónoma das categorias e dos discursos» — che vediamo enunciata nel magistrale saggio *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar* (di nuovo in «Análise Social», XXVIII (2003), 168, pp. 823-840), che è anche il suo punto di maggior vicinanza, sia pur in parte critica, alla 'storia dei concetti' di koselleckiana memoria, oltre che di fattiva utilizzazione di tutte quelle fonti con le quali mi 'affabulava' a Francoforte e che ritroviamo tutte anche nel primo dei due ultimi saggi apparsi nel 2019 sui «Quaderni fiorentini» (48, pp. 7-28) *Is there place for a separated legal history?* — che António Manuel si rivela non già un 'giurista mancato', ma piuttosto, ed è ben altra cosa, un 'giurista del futuro'.

C'è infatti un tema — e con questa riflessione voglio chiudere questa incompleta, forse 'decentrata', e magari troppo soggettiva lettura del messaggio di A.M.H., come amava talora firmarsi, una lettura che ha piuttosto voluto essere un 'dialogo oltre la morte' con un amico — un tema, ben addentro alla dimensione moderna prima e pos-moderna poi, un tema *perturbatore* che percorre in filigrana il suo impegno di storico, di giurista, di uomo civile, e che

lui stesso rubrica sotto il titolo « *‘Ragione giuridica’ e ‘ragione popolare’* ». Ascoltiamolo:

Ci troveremmo così davanti ad uno dei paradossi tipici del pensiero politico democratico europeo. Da una parte esso attribuiva alla volontà dei membri della società il potere di stabilire le regole della convivenza sociale, dall'altra fissava requisiti tali per la validità politica di questa volontà — perché fosse ‘razionale’ e non ‘arbitraria’, distinguendosi dalla ‘passione’ — che soltanto pochissimi potevano esprimerla.

Non è allora un caso se una delle sue ultime opere in volume (pos-modernamente pubblicata con Amazon nel 2018) è dedicata a *O direito democrático numa era pós-estatal. A questão política das fontes de direito*; e reca in copertina, notiamolo, ché credo gli farebbe piacere, un'immagine, da lui stesso voluta (foto de A.M. Hesperha... José Subtil), più che significativa dell'attuale crisi di dislocazione del ‘potere di dire il diritto’ rispetto al modello di uno Stato democratico nel quale il diritto continui a pretendere di essere derivante dal popolo sovrano: quella della ‘Casa che danza’ realizzata a Praga dall'architetto Vlado Milunic tra il 1994 e il 1996.

Nella appena citata raccolta di saggi, ce n'è uno inedito, recante un titolo ‘programmatico’, che recita testualmente *Será que a legitimação democrática do direito vai desaparecer?*. E la diagnosi del rischio è lucidamente chiara: « Na verdade, os riscos que ameaçam o princípio democrático do direito decorrem, em grande parte, da submissão do direito querido ou aceite consensualmente pelo povo a esses « valores » que escapam ao controle da sensibilidade jurídica popular ».

Alla diagnosi segue una proposta di ‘cura’ che fa leva su di una riattualizzazione flessibile e plurale di strategie discorsive che recuperano, appunto, e nei limiti del possibile, il ruolo del ‘modello giuridico’. Un modello giuridico messo in crisi, sul piano argomentativi soprattutto, dalla ‘rivoluzione’ neoliberale — è il titolo dell'ultimo saggio *A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’*, che affronta il problema dell'argomentazione ‘della crisi’ e quindi il tema dello stato di eccezione, un lavoro risalente al 2012, ma simbolicamente posto a chiusura della ‘irritazione’ reciproca dei dispositivi ‘diritto democratico’/‘era post-statale’.

La riflessione si conclude, infatti, con un quasi-decalogo terapeutico che merita riascoltare e col quale comunque siamo provocati a fare i conti:

Parece que os remédios jurídicos para a crise — como todos os remédios, em geral — devem ser corretivos e proporcionados. Ou seja, a terapêutica da crise deve contrabalançar — e não replicar, como proporia a medicina homeopática — os factores mórbidos identificados no diagnóstico.

Deixamos, por isso, apontadas, algumas linhas de orientação de uma política de direito anticrise. Assim:

1. Se a crise é filha da desregulação, o direito deve regular.
2. Se a crise gerou a desconfiança e a sua superação exige a confiança, o direito deve promover e generalizar a confiança.
3. Se a crise de confiança é gerada pela opacidade, o direito deve garantir a transparência.
4. Se a falta de confiança é gerada pela incerteza, o direito garantir a certeza.
5. Se a crise de confiança é gerada pela imprevisibilidade, o direito deve favorecer a previsão.
6. Se a crise è gerada pela falta de iniciativa (de 'empreendedorismo'), o direito deve criar quadros claros para quem empreende e arrisca.
7. Se a falta de confiança é gerada pela arbitrariedade, o direito deve garantir a racionalidade.
8. Se a crise de confiança é gerada pelo casuísmo, o direito deve garantir a igualdade.
9. Se a crise de confiança é gerada pela precariedade, o direito deve garantir a estabilidade.

Em tudo isto, parece que existe uma linha comum de orientação: a crise não se supera pela dissolução do direito, antes se supera pelo reforço do direito e do 'modelo jurídico'. Reforçando algumas das características que promovem a sua consensualidade e fiabilidade, de modo a que ele seja mais estabilizador das expectativas da generalidade dos agentes sociais.

António in chiusura sembra quasi 'scusarsi', perché per la brevità della presentazione tutto ciò poteva apparire inevitabilmente «Vago e algo misterioso».

Ma se letto avendo presente il panorama complessivo del suo discorso ci pare emerga invece un 'progetto' per un giurista 'del futuro', un futuro-passato nel senso migliore del termine, laddove: «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».

Il grande poeta lusitano de Camões, rendendo in versi quella sensazione che allora anche noi provammo dinnanzi alla vastità

dell'Oceano, visto dal *finis terrae* del Cabo de Roca, cantava «Aqui...Onde a Terra se acaba e o Mar começa...».

Ora anche per António Manuel Hespanha, che troppo presto ha concluso la sua avventura terrena, si apre un vasto mare. Ognuno secondo la sua sensibilità cercherà di capire, prima di essere chiamato ad una stessa navigazione, quale comune destino di noi mortali, quali acque siano da solcare. Ma ad António voglio augurare che la navigazione gli sia lieve, usando un'altra citazione, che gli ricordi la nostra bella terra, e per un motivo di personalissima partecipazione al dolore di una scomparsa.

Di un poeta italiano, questa volta. È la citazione conclusiva di una tesi bolognese di molti ormai anni fa, per la precisione discussa il 2.7.1954 alle ore 16, con il prof. Francesco Flora, una tesi sul Pascoli poeta latino. Una citazione che oggi mi si è impressa per sempre nel cuore, e che anche a lui, a Graça, Paula e João, voglio dedicare:

Non omnis moriar, si quid olet novum,
 si quid silva sonat non aliis prius
 auditum, tepidas si memore areas
 nostri garrulitas inplet hirundinum
 (Non morirò del tutto: se la selva dia qualche nuovo
 profumo e mandi ancora un suono non prima udito;
 se le rondini memori di me
 empiano dei loro gridi le aie solatie).

BARTOLOMÉ CLAVERO

«EL CIMIENTO DE NUESTRA AMISTAD»
LEMBRANÇA DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA
JOVEM E NÃO TÃO JOVEM

À Graça, Paula e João.

*Como explicaram Bartolomé Clavero
ou António Manuel Hespanha...*

Pedro Cardim, 2019.

1. Jovens ambos: de la repulsa de derecho... — 2. Não tão jovens:... al rescate de historia.

António Manuel Hespanha o, como firmaba sus mensajes electrónicos, AMH no sólo nos ha legado una ingente obra de investigación y de didáctica en historia del derecho, así como en historia y en derecho sin más. También nos ha dejado una galería de testimonios personales. Repaso especialmente los más vivos, aquellos en los que se manifiesta mediante la voz y la imagen grabadas. Andan localizables por internet. Las entrevistas suyas en pantalla son desde luego más vívidas que las de soporte impreso ⁽¹⁾. La última más cumplida, y solo anterior a las que concediera para presentar

⁽¹⁾ https://www.youtube.com/results?search_query=Ant%C3%B3nio+Hespanha, para lista de enlaces a conferencias y entrevistas de AMH; <https://www.youtube.com/user/ambespanha/videos>, en sitio personal. Una primera versión de estas páginas se debe a invitación de «Práticas da história. Journal of Theory, Historiography and Uses of the Past», 9 (2019), dossier *António Hespanha. Fazer e desfazer a história*, pp. 139-149. Ahora las desarrollo acogíendome a la hospitalidad de estos «Quaderni fiorentini». Gracias a todos. *Muito obrigado*, José Neves. *Grazie tante*, Giovanni Cazzetta. Agradezco ánimos, comen-

su libro casi póstumo *Filhos da Terra*, ha sido la celebrada en la Universidad de Córdoba, Argentina, el 19 de setiembre de 2017 ⁽²⁾. Ya estaba luchando con la enfermedad que acabaría veniéndole, pero AMH se creció frente a tamaña adversidad desplegando contra el tiempo un derroche de vitalidad ⁽³⁾. Éramos prácticamente coetáneos, superándome él apenas por un par de años y otro par de meses.

Mi sana envidia por su imbatible estado de ánimo pude expresársela en vivo la última vez que le visité en Lisboa a finales de mayo del mismo año 2017. Allí, en su casa, junto a Graça y a Mercedes, y en paseos de corto radio pues ambos caminábamos con torpeza, departimos de algo más que de nuestros cánceres y de alguna otra cuíta de salud en las familias. Entre tantas otras cosas de pasado, de presente y de futuro, hablamos naturalmente del proyecto de *Filhos da Terra*, del cual me venía enviando borradores. Manteníamos este tipo de comunicación desde nuestros tiempos de juventud. Se había incluso intensificado en los últimos

tarios y sugerencias a Jesús Vallejo, Carlos Garriga, Laura Beck Varela, Alejandro Agüero y Sebas Martín.

⁽²⁾ <https://www.youtube.com/watch?v=58IjWGDc7bw>. Conduce la entrevista Alejandro Agüero, buen escudriñador de la obra de AMH. A otras conversaciones también relevantes no dejaré de referirme. Sobre la presentación oral por el autor de *Filhos da Terra. Identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa*, Lisboa, Tinta da China, 2019, David MARTÍN MARCOS, *La otra mirada de António Manuel Hespanha (1945-2019)*. In *Memoriam*, en «Espacio, Tiempo y Forma. Serie IV, Historia Moderna», 32 (2019), pp. 329-332. «A leitura de *Os Filhos da Terra* constitui um permanente exercício de sedução [...]» es como arranca la reseña de Rosa M. PEREZ en «Análise Social», 2019, 231, pp. 411-413.

⁽³⁾ Para registro de la obra de AMH, su bibliografía en *António Manuel Hespanha. Entre a história e o direito*, eds. Cristina Nogueira da Silva, Ângela Barreto Xavier y Pedro Cardim, Coimbra, Almedina, 2015. Aquí no importa demasiado que cierre lógicamente antes de tiempo pues nos interesamos ante todo por unos primeros. Para los más recientes está abierto todavía (24/2/2020) el blog de trabajo que organizara como extensión de otros sitios sobre su obra en internet: <http://amh-hespanhol.blogspot.com>. También se tiene su página en los *sites* personales de *google*. Desde temprano, promovió y aprovechó las posibilidades de la computación y la digitalización: Daniel ALVES, *Humanidades digitais e investigação histórica em Portugal: perspectiva e discurso, 1979-2015*, en «Práticas da história. Journal of Theory, Historiography and Uses of the Past», 2 (2016), pp. 96-99.

tiempos con el correo electrónico. Compartíamos. Coincidiendo a lo largo de nuestras vidas en planteamientos de trabajos e incluso en materias de investigación, nunca fuimos competitivos ni sentimos nunca celos. Nos alegrábamos con las coincidencias y emulábamos con el intercambio. Ni de jóvenes vulnerables ni de mayores curtidos nos contagiaron las miserias o las vanidades ni de la academia ni de la política, y esto a pesar de que, si de merecimiento se tratase, de su parte, sin alarde alguno, lo tuvo con creces⁽⁴⁾.

1. *Jovens ambos: de la repulsa de derecho...*

En la entrevista argentina AMH arranca con sus tiempos jóvenes hacia finales de los años sesenta del siglo pasado. Por entonces, recién licenciado en derecho con las mejores calificaciones, se siente «profundamente antijurídico y antijurista». Añade más: «con gran disgusto», gracias a su buen expediente, se vio asignado por la Facultad, en Coimbra, a un grupo de asistencia a la enseñanza de la historia del derecho, la cual por aquellos tiempos se ocupaba sustancialmente de derecho romano y derecho portugués medieval. De tal destino anticuario de signo iusromanista y sede conimbrigense lo libera, por lo que a continuación cuenta, la *Revolução dos Cravos*, de claveles en la boca de fusiles, el golpe de Estado acompañado enseguida, de la noche a la mañana, de levantamiento cívico que en abril de 1974 marca el fin abrupto del régimen salazarista-marcelista, poniendo pronto, en un año, el poder constituyente, aun con tutela militar, en manos de la ciudadanía portuguesa. Llamado por la política, nos dice que es entonces

(4) *Assembleia da Republica*, el Parlamento, voto nº 856/XIII, de 5/7/2019, «De pesar pelo falecimento de António Hespanha», «figura maior da historiografia portuguesa»: «Recebeu o Prémio Universidade de Coimbra (2005) e as insígnias de Grande Oficial da Ordem de Sant'Iago da Espada (2000), os graus de Doutor Honoris Causa das universidades de Lucerna, na Suíça, e Federal do Paraná, no Brasil, e de *Lecturer Marc Bloch* da *École des Hautes Études en Sciences Sociales* de Paris». Y la relación es incompleta. También manifestó mediante comunicado público su pésame el Presidente de la República, elogiándole como «mestre de várias gerações»: <http://www.presidencia.pt/?idc=18&idi=166798>.

cuando se radica en la capital, Lisboa. Abandona Coimbra, pero no abandonaría, como está bien a la vista, la historia del derecho, salvo la de aquella especie anticuaria de la que renegaba. El «gran disgusto» parece que se le acabaría pasando. O se mantuvo activo como levadura de posición crítica frente al derecho, al presente como al pasado⁽⁵⁾.

Todavía bajo la dictadura franquista, más dura que la del régimen salazarista, y con bastante incertidumbre sobre la posibilidad en España de una ruptura constituyente similar⁽⁶⁾, Lisboa, la Lisboa revolucionada⁽⁷⁾, se convirtió en un foco de atracción para nosotros, jóvenes antifranquistas⁽⁸⁾. Fue una clase peculiar de turismo cultural, no sólo además desde España, para conocer sobre

⁽⁵⁾ Os juristas mais característicos fazem parte do problema e não da solução, *Entrevista com António Manuel Hespanha*, en «Prisma Jurídico», 7 (2008), 1, pp. 17-23.

⁽⁶⁾ Robert M. FISHMAN, *Democratic Practice: Origins of the Iberian Divide in Political Inclusion*, New York, Oxford University Press, 2019, p. 33: «at the dawn of the 1970s it seemed far from evident that the two long-lived regimes could be transformed into democracies», más cierto, al corto plazo de nuestra juventud, para el caso español que para el portugués, pues Portugal tenía encima la crisis colonial hundiendo al régimen y en España estaba organizada la continuidad de la dictadura con una monarquía no constitucional: Kenneth MAXWELL, *O Império derrotado. Revolução e democracia em Portugal*, Lisboa, Companhia das Letras, 2006; Ferran GALLEGÓ, *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia, 1973-1977*, Barcelona, Crítica, 2008; Ignacio SÁNCHEZ-CUENCA, *Atado y mal atado. El suicidio institucional del franquismo y el surgimiento de la democracia*, Madrid, Alianza, 2014.

⁽⁷⁾ Phil MAILER, *Portugal: The Impossible Revolution?* (1977), ed. revisada, Oakland, PM Press, 2012, p. VII: «Today (2012), very few outside Portugal can remember these events»; Pedro Ramos PINTO, *Lisbon Rising: Urban Social Movements in the Portuguese Revolution, 1974-1975*, Manchester, Manchester University Press, 2015.

⁽⁸⁾ José Ignacio LACASTA, *Cultura y gramática del Leviatán portugués*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1988, por citar otro caso de español que también entró por entonces en relación con AMH; el mismo LACASTA, *Antiformalismo jurídico 'fin de siglo': su gracia e inconvenientes. Contrapunto jurídico y moderadamente formalista al ideario plenamente antiformalista de António Manuel Hespanha*, en «Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos», 3-4 (1994-95), pp. 437-457, lo que puede a su vez servir aquí para contrarrestar que suela mirarse a AMH tan solo como investigador de historia y no también como pensador sobre el derecho a lo largo de toda su trayectoria.

el terreno lo que era más, bastante más, mucho más, que una transición de salida de una dictadura⁽⁹⁾. Es una singularidad que relativamente pronto se perdería de vista por la difusión interesada de una narrativa que refunde los dos casos, el portugués y el español, como meras variantes, juntos a otros como el de Grecia o luego los latinoamericanos o más tarde los de Europa central y oriental, de «transición democrática». No es así como nosotros lo vivimos. Ni política ni económica ni culturalmente el caso de Portugal era comparable al de España⁽¹⁰⁾.

Sin embargo, no entramos en conexión AMH y yo por la vía política que primariamente nos condujera a ambos a Lisboa, para establecerse en su caso, de visita en el mío. Nos pone en contacto Johannes-Michael Scholz, especialista en España y Portugal del *Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte*, quien nos había a su vez contactado desde su sede de Frankfurt am Main, punto de encuentro pronto para nosotros⁽¹¹⁾. Cuando llegamos a conocernos personalmente en Lisboa, AMH acababa de desempeñarse como Director General de Enseñanza Superior en el gobierno de signo comunista-demócrata de Vasco Gonçalves, siendo ministro del ramo el historiador Vitorino Magalhães Godinho⁽¹²⁾.

(9) Alexander MACLEOD, *La Révolution inopportune. Les partis communistes français et italien face à la Révolution portugaise, 1973-1975*, Montréal, Nouvelle Optique, 1984; Vitor PEREIRA, *Será que verei Lisboa? Peregrinações de franceses no 'Processo revolucionário em curso'*, en «Relações Internacionais», 25 (2010), pp. 91-105. Como si Lisboa sustituyera a Fátima o París en 1968 a Lourdes, el término de *peregrinações* tiene algo de distanciamiento irónico más bien fácilón.

(10) Francisco MARTINHO, *A Revolução dos Cravos e a historiografia portuguesa*, en «Estudos Históricos», 61 (2017), pp. 465-478; *Rethinking South European Democratization in Spain, Greece and Portugal*, eds. Maria Elena Cavallaro y Kosris Korneitis, London, Palgrave Macmillan, 2019, con expresivo título la introducción: «Lost in Transition?». La narrativa de fusión dicha ha sido potenciada especialmente por Juan J. LINZ, Alfred STEPAN, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1996.

(11) Johannes-Michael SCHOLZ, *Acerca de la historia del derecho en España y Portugal*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1982, 550, pp. 633-661.

(12) Para planteamientos reformistas y problemas políticos del ministro y del director general, António TEODORO, *Mobilização educativa em tempos de crise revolucionária. Periferia e centro no processo de democratização das escolas, 1974-1976*, en «Re-

Declinaba el año 1975, todavía con pintadas callejeras de *Força Companheiro Vasco* tras la caída de su gobierno. AMH y yo sintonizamos en política y congeniamos en pensamiento. Ya, de por vida, no necesitamos más mediadores, aunque sí tendríamos, como concretaré luego, estupendos mentores además de formidables colegas sin cuyos respaldo y compañía no hubiéramos llegado lejos.

Militábamos en los respectivos partidos comunistas, el portugués y el español, éste todavía en la zona de serio riesgo de la clandestinidad. Eran organizaciones que no se llevaban bien. El partido español estaba embarcándose en un giro para él un tanto improvisado hacia el acomodamiento político, económico y social en la línea que acabaría llamándose eurocomunista, giro del que el portugués, por lo pronto, no tenía necesidad⁽¹³⁾. Andaba participando en un proceso democrático de más calado, de bastante mayor calado, que el español iniciado poco después⁽¹⁴⁾, lo cual no es cosa que guste reconocerse en España por causa ante todo de un fondo de sentimiento supremacista de cara a Portugal. Los cré-

vista Portuguesa de Educação», 17 (2004), 2, pp. 187-189. En otro paradigma, no se ocupa de esos pormenores *Higher Education in Portugal, 1974-2009: A Nation, a Generation*, eds. Guy Neave y Alberto Amaral, Dordrecht, Springer, 2012.

⁽¹³⁾ D.L. RABY, *Fascism and Resistance in Portugal. Communists, liberals and military dissidents in the opposition to Salazar, 1941-1974*, Manchester, Manchester University Press, 1988, cap. 7; Juan ANDRADE, *El PCE y el PSOE en (la) transición. La evolución ideológica de la izquierda durante el proceso de cambio político*, Madrid, Siglo XXI, 2012; *El fin de las dictaduras ibéricas, 1974-1978*, eds. Encarnación Lemus, Fernando Rosas y Raquel Varela, Lisboa, Pluma, 2010; Ioannis BALAMPANIDIS, *Eurocommunism: From the Communist to the Radical European Left*, New York, Routledge, 2019. Se tiene en línea la tesis doctoral de R. VARELA, *História da política do Partido Comunista Português durante a Revolução dos Cravos, 1974-1974*, Lisboa, Instituto Universitário de Lisboa, 2010.

⁽¹⁴⁾ Josep SÁNCHEZ CERVELLÓ, *A Revolução Portuguesa e a sua influência na Transição Espanhola, 1961-1976*, Lisboa, Assirio e Alvim, 1993; Rafael DURÁN MUÑOZ, *Contención y transgresión: Las movilizaciones sociales y el Estado en las transiciones española y portuguesa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; Braulio GÓMEZ FORTES, *O controlo político dos processos constituintes. Os casos de Espanha e de Portugal*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2009; R. VARELA, *Cunhal não foi Carrillo? Estratégia e tática do Partido Comunista português durante a crise revolucionária de 1975*, en «Hispania. Revista Española de Historia», 2012, 242, monográfico *La Transición Ibérica*, pp. 669-698.

ditos andan mal repartidos en la historiografía predominante, por no hablar de la llamada ciencia política. Bástenos con señalar que, por efecto de una ruptura más resuelta con el régimen salazarista que la española luego con el franquista; Portugal estaba comenzando a disfrutar y beneficiarse de una práctica ciudadana y, pronto, constitucional de una calidad que sería desconocida, hasta hoy, por España ⁽¹⁵⁾.

A caballo entre la transformación portuguesa y el cambio español, en aquella Lisboa revolucionada, ahí que nos encontramos. Entre los setenta y los ochenta fueron varios los viajes. Y los aprovechábamos. AMH fue mi cicerone no sólo en el mundo urbano y por el ambiente universitario. Efectuamos visitas. Nos procurábamos materiales no sólo desde luego académicos o más latamente bibliográficos ⁽¹⁶⁾. Recorrimos alguna zona de una reforma agraria que iba en serio ⁽¹⁷⁾. En Lisboa se concentraban los retos. Eran tiempos de eclosión de desasosiegos viejos y nuevos desde el

⁽¹⁵⁾ *Variedades de Democracia na Europa do Sul, 1968-2016. Uma comparação entre Espanha, França, Grécia, Itália e Portugal*, ed. Tiago Fernandes, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2017; FISHMAN, *Democratic Practice*, cit., con la comparación de la «práctica democrática» entre Portugal y España, aun en momentos esquemática.

⁽¹⁶⁾ AMH concertó para ambos una entrevista con Vasco Gonçalves, ya retirado y recluso, que no recuerdo por qué razón no pudo a última hora realizarse. Me introdujo, en la sede de la editorial *Caminho*, a José Saramago, militante comunista que, a finales de los setenta, aún era más conocido como periodista que como novelista. Compartimos alguna palestra con Boaventura de Sousa Santos, más crítico con el derecho aún que nosotros, y conversaciones con compañeros dedicados a la construcción del derecho ahora que venía a ser constitucional, como José Gomes Canotilho. En cuanto a nuestra especialidad, visitamos a Nuno Espinosa Gomes da Silva, único historiador del derecho portugués en relaciones normales con AMH tras su experiencia política. También éramos buenos clientes de las librerías lisboetas de fondos históricos. Todavía había fronteras y en un viaje de vuelta estuve retenido bajo sospecha de contrabando de patrimonio cultural de libros antiguos con fines comerciales.

⁽¹⁷⁾ Nancy BERMEO, *The Revolution Within the Revolution: Workers' Control in Rural Portugal*, Princeton, Princeton University Press, 1986; R. VARELA, Constantino PIÇARRA, *A reforma agrária nos campos do sul de Portugal (1975): uma revolução na revolução*, en «Estudos Ibero-Americanos», 42 (2016), 3, pp. 1189-2018. Para contraste poco posterior del caso vecino de Andalucía por obra de una administración regional que ni siquiera contaba con las competencias precisas: B. CLAVERO, *Autonomía regional y reforma agraria*, Jerez, Fundación Universitaria, 1984.

más general y envolvente de la movilización continua, la social y la política, la económica y la cultural, al más concreto por entonces de la inmigración, en parte africana, derivada de la tardía y atropellada descolonización o, mejor dicho, desimperialización⁽¹⁸⁾. En nuestro primer viaje, de Mercedes y mío, cuando aún no nos alojábamos en casa de Graça y António, con una habitación de hotel de dos camas, cedimos una pues los «retornados» se acomodaban gratuitamente en las zonas comunes. Para completar en lo que aquí cabe el escenario, tengamos en cuenta que eran además tiempos anteriores a 1989, al derrumbamiento de un universo por la caída de más muros que el de Berlín. Con aquella época hay más distancia que la cronológica.

En medio de salidas de dictaduras y de proyectos de comunismos, todo en plural, las diferencias entre países y entre partidos, los nuestros, nos preocupaban por supuesto, pero sin que llegasen a interferir en lo más mínimo nuestra comunicación⁽¹⁹⁾. La política se interfería con la academia aunque personas como AMH apostasen por la contención. Siendo Director General de Enseñanza Superior, en 1975, canceló indagaciones que se encontró en curso sobre profesores colaboracionistas con la policía política practicando, entre otras ignominias, la denuncia de compañeros no sólo portugueses, sino también españoles, pues había cooperación policial entre ambas dictaduras. La revolución de los claveles se produjo de modo que, al contrario de lo que sería el caso español, no se habían podido manipular ni destruir archivos de forma sistemática⁽²⁰⁾. Los indagados eran bastantes porque becas y dietas para

(18) *The Last Empire: Thirty Years of Portuguese Decolonization*, eds. Stewart Lloyd-Jones y António Costa Pinto, Bristol, Intellect, 2003, parte I: «Portugal, the colonies and the 1974 Revolution», capítulos de Richard A.H. Robinson y Costa Pinto; Elsa PERALTA, *A integração dos 'retornados' na sociedade portuguesa: identidade, desidentificação e ocultação*, en «Análise Social», 2019, 231, pp. 310-337. «Retornados» eran también, aparte colonos en fuga, africanos que tampoco habían pisado Portugal.

(19) *Le siècle des communismes*, Paris, L'Atelier-Editions Ouvrières, 2000, p. 9: «au pluriel»; José NEVES, *Comunismo e nacionalismo em Portugal. Cultura, política e história no século XX*, Lisboa, Tinta da China, 2008; Carme MOLINERO, Pere YSÀS, *De la hegemonía a la autodestrucción: El Partido Comunista de España, 1956-1982*, Barcelona, Critica, 2017.

(20) Marcando el contraste con Portugal, Luís CASTRO, *Fondos públicos desapa-*

viajes académicos aparejaban la obligación de rendir un informe político al regreso. Las cátedras de derecho se habrían despojado. Conozco estos detalles tan sólo por las conversaciones privadas con AMH. En general, de la exigencia de responsabilidades habida en Portugal no puede decirse que fuera sistemática ni sostenida, aun sin comparación en todo caso con la impunidad española⁽²¹⁾.

Beneficiados de esa amnistía académica encubierta estuvieron enseguida entre quienes hicieron todo por impedir la reincorporación de AMH a la Universidad. No daré nombres de sus némesis porque nunca le escuché a él mencionarles en público. En el acceso al profesorado universitario estable, las dificultades que hubo de afrontar AMH por razones de índole política en sede académica fueron muy superiores a las mías. Nunca le vi amargado por ello ni manifestar rencor o, aún menos, recurrir al desquite cuando estuvo en condiciones. Aquella contención la mantuvo de por vida. Soy menos contenido, pero no debo hablar por él en asuntos sobre los que optó por la discreción⁽²²⁾.

Ahí, en tales escenarios, el ibérico y el lisboeta, el político y el académico, se ubica nuestro encuentro de juventud. Situémonos

recidos, destruidos o privatizados, en *El acceso a los archivos en España*, eds. Antonio González Quintana, Sergio Gálvez y L. Castro, Madrid, Fundaciones Francisco Largo Caballero y 1º de Mayo, 2019, p. 250.

⁽²¹⁾ Omar G. ENCARNACIÓN, *Democracy without Justice in Spain: The Politics of Forgetting*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2014, aun bastante prejuicioso, calificando el caso de Portugal más de «political purge» y hasta de «witch hunt» que de «transitional justice», mejor o peor. Para abordajes más ponderados, *Ditaduras e revolução. Democracia e políticas da memória*, eds. Manuel Loff, Filipe Piedade y Luciana Soutelo, Coimbra, Almedina, 2014; Nikolay KOPOSOV, *Memory Law, Memory Wars: The Politics of the Past in Europe and Russia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

⁽²²⁾ *António Manuel Hespanha entrevistado por Mafalda Soares da Cunha, Maria Teresa Belez, Nuno Gonçalo Monteiro e Rita Garnel*, en *António Manuel Hespanha. Entre a história e o direito*, cit., p. 62: «Como eu tinha então problemas parecidos, isso aproximava-nos ainda mais», refiriéndose a J.M. Scholz y sus dificultades para acceder al profesorado universitario, en su caso nunca superadas; p. 55: personalmente no fue la política primera una experiencia satisfactoria a posteriori pues «paguei com juros altos durante anos», sin concretar más ni abundar en ello quienes le entrevistaban.

en el tiempo pues su transcurso altera la percepción. La perspectiva de hoy, tras lecturas y reflexión, puede mejorar la de entonces, pero nosotros lo vivimos según en su momento lo percibíamos. Allí estábamos. No se piense que una situación tan lastrada de pasado y preñada de futuro embargaba nuestro ánimo hasta el punto de condicionar nuestras relaciones. Éstas fundamentalmente se situaban en una dimensión menos circunstanciada, no en la estrictamente política, sino en la genéricamente cultural. Más en concreto se cifraban por aquellos tiempos en la problemática de la relación entre marxismo y derecho o entre materialismo histórico e historia del derecho. También en esto, muy en particular por entonces en esto, confluíamos y compartíamos. No es, con todo, que fuéramos, como jóvenes inmaduros, inconscientemente politizados, sino que éramos, como adultos prematuros, responsablemente intelectualizados. Pretenciosos, como demostraría el tiempo, tampoco lo éramos por estar pensándonos de ese modo. Nos sentíamos capaces. Éramos ambos autodidactas en busca de maestros a la contra, más o menos marxistas, a través fundamentalmente, sin redes todavía, de la lectura entre lo entonces existente y asequible. Carecíamos de maestro o maestra que nos guiase. Aún no decíamos mentor.

AMH y yo teníamos en común la repugnancia referida por el derecho que habíamos estudiado y la desconfianza consecuente frente a la respectiva historia del derecho. Igual que él nos ha confesado, yo también pensé en algún momento que el desprecio era por el derecho sin más, por todo él, sin distingos que valieran. Ambos, en todo caso, nos estábamos procurando una formación de otro tipo por nuestra cuenta y riesgo. Así que en efecto leímos bastante literatura marxista. Marx fue nuestro primer maestro de crítica textual a la que nada escapa, ni siquiera, a la postre, Marx mismo⁽²³⁾. Nuestra fase marxista fue de juventud, pero permane-

⁽²³⁾ <https://www.youtube.com/watch?v=OVVmQhMpBTU>, conferencia de AMH, *História social e história do direito*, seminario *Direito e Marxismo. Reconstrução da Crítica do Direito no Brasil*, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013. Por mi parte, había tenido la osadía juvenil de planear una revisión en toda regla del materialismo histórico sobre premisas marxistas, de Marx frente a Engels: B.

ció viva y más que coleando. Yo, al contrario que él, la experimenté como una ruptura con nuestra formación cristiana primaria⁽²⁴⁾. Su talante era más pacífico. Y la iglesia católica española era, como la fiesta de los toros, más agresiva que la portuguesa⁽²⁵⁾. Entre nosotros, en cuanto a referencias teóricas, como se comprueba en la misma entrevista argentina, AMH preferiría luego remitirse a Foucault, de quien también aprendimos mucho en dicha misma línea crítica⁽²⁶⁾. En fin, entre ser juristas por titulación y marxistas por devoción, nos encontrábamos en medio de un conflicto íntimo entre posiciones que entonces nos esforzábamos por conciliar y que luego AMH llegaría a calificar, con cierto acierto, de esquizofrénico. ¿Cómo es que íbamos a adentrarnos en la historia del derecho con aquella bipolaridad a cuestas? Sea todo esto dicho en su sentido figurado con todo respeto para quienes padecen tales dolencias en su significado literal.

«Yo soy bastante esquizofrénico», manifiesta AMH en la entrevista argentina. «Pienso que una cosa es el historiador, el que está describiendo el pasado, y otra cosa es el ciudadano. La histo-

CLAVERO, *Origen de la familia*, en «Materiales. Crítica de la Cultura», 8 (1978), pp. 45-54.

⁽²⁴⁾ B. CLAVERO, *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar*, Barcelona, Crítica, 2013. Él repite en sus entrevistas que no fue traumático su tránsito «desde a militância social católica a uma militância comunista»: *António Manuel Hespanha entrevistado*, cit., p. 52.

⁽²⁵⁾ Desde que la española se adhiriera con entusiasmo al derramamiento de sangre del golpe de Estado y la guerra consiguiente sobre los que se elevó la dictadura franquista: FRANCISCO ESPINOSA, JOSÉ MARÍA GARCÍA MÁRQUEZ, *Por la religión y la patria. La Iglesia y el golpe militar de julio de 1936*, Barcelona, Crítica, 2014; MARIA THOMAS, *Catholicism and the End of Dictatorship in Portugal and Spain: Convergences and Contrasts*, en «Bulletin of Spanish Studies», 94 (2017), 9, pp. 1533-1555. En Portugal no suele sacrificarse al animal en la fiesta de los toros como parte del espectáculo.

⁽²⁶⁾ Como en toda entrevista, no sólo cuenta el entrevistado. Agüero se interesa por el Foucault postrero a Marx y no por Marx mismo. Es una tónica general de la que nadie nos libramos. El marxismo tiende a identificarse con una teoría de respaldo a unos regímenes dictatoriales haciéndolo desvanecerse del patrimonio cultural incluso de gentes como nosotros. El mismo AMH lo percibió refiriéndose a la «inspiração marxista» de «pensadores que não reconhecem de bom grado as suas vinculações ao marxismo dominante, desde Th. Adorno a M. Foucault ou a P.K. Feyerabend»: *A emergência da história*, en «Penélope. Fazer e desfazer a história», 5 (1991), p. 10.

ria no debe ser utilizada para causas ciudadanas. Para causas ciudadanas utilizo mi compromiso cívico-político». No habíamos hecho del todo nuestra la idea marxista de que la política debe responder a una ciencia materialista. Éramos ambos marxistas no engelsistas, postulantes de un marxismo en el que no se comprendía el catón del «materialismo científico», pero no por esto controlábamos el agente patógeno de la escisión personal. La esquizofrenia que entonces compartíamos era más que bifronte⁽²⁷⁾. También se producía en el interior mismo de nuestras posiciones intelectuales como historiadores de modo que no permitía una separación tan neta de la historiografía respecto a la política. Totalmente tajante tampoco puede nunca ser según la propia experiencia personal de AMH⁽²⁸⁾. En todo caso, esa otra vertiente intelectual del padecimiento él la intentó sanar recurriendo reiteradamente a vetas teóricas que, a veces sin habérselo por su parte planteado ni siquiera, pueden servir para tender puentes en beneficio de la historiografía, en lo que él siempre puso más empeño que yo y en lo que yo consiguientemente, entre nuestro continuo intercambio, aprendía de él⁽²⁹⁾.

(27) «Não sou esquizofrênico» había respondido AMH poco tiempo antes al mismo tipo de pregunta sobre política y academia: *António Manuel Hespanha entrevistado*, cit., p. 53. Con la afirmación y con la negación se refería a lo mismo, a la dificultad y la complejidad de la conciliación entre política y profesión, una profesión además tan políticamente sensible como la historiográfica acerca del derecho.

(28) A.M. HESPANHA, *Comemorar como política pública. A comemoração dos Descobrimientos Portugueses, ciclo 1997-2000*, en «Práticas da História. Journal on Theory, Historiography and Uses of the Past», 8 (2019), dossier *Comemorações dos “descobrimientos portugueses”*, pp. 198-220, reflexionando sobre su experiencia como Comisario General de la Comisión Nacional para la Conmemoración de los Descubrimientos Portugueses, una empresa política que quiso dirigir con criterios académicos. Sobre su desempeño como Director General de Enseñanza Superior se detuvo menos: «Raiz e Utopia», 1979, 9-10, *Educar em Portugal*, pp. 55-133, mesa redonda con su participación.

(29) *Entrevista a António Manuel Hespanha por Pedro Cardim*, en «Análise Social», 2011, 200, p. 434: «esta minha combinação entre história, direito e, também, teoria social (M. Foucault, Bourdieu, depois Luhmann, para além da minha primeira formação marxista, que eu creio não se acomodar mal com as aquisições ulteriores) [...]».

En el punto de partida, dicho muy sumariamente, por no decir que simplificando, nos encontrábamos con que, de una parte, en el mundo del derecho se valoraba una historia jurídica que no nos convenía en absoluto y que, de otra, en el mundo del marxismo ni siquiera se le daba baza a esta especialidad histórica. Ni el derecho ni su historia formaban parte de la presunta ciencia materialista. En aquellos medios marxistas, importaba la historia económica para todo y la historia jurídica para nada. En España los presuntos maestros de esta segunda nos decían que el lugar de los marxistas estaba en la primera, en la historia económica. Al derecho había que salvarlo y protegerlo de la contaminación materialista⁽³⁰⁾. Así, entre unos y otros, marxistas y antimarxistas, nosotros nos encontrábamos de entrada en una tierra de nadie además de quemada, por medio de un terreno asediado y abrasado, resbaladizo y cuesta arriba. Hoy no se entiende bien cómo por entonces el marxismo polarizaba no sólo políticamente. Algo serio se jugaba en la contraposición. En todo caso, ni AMH ni yo estuvimos ni entonces ni luego tentados por la melancolía y, aún menos, luego, por la nostalgia⁽³¹⁾.

Entonces, en aquella primera coyuntura, apareció, recopilando primeros escritos, un libro de AMH primerizo no sólo por reunir primicias. Se trata de *A história do direito na história social*, publicado en 1978. En su momento tuvo más significación de lo que hoy pudiera parecer. Todo hay que ubicarlo y contextualizarlo. Críticamente por igual respecto a ambas, de historia del derecho e historia social estaba yo también hablando por aquellos tiempos⁽³²⁾. AMH, por lo que me toca, vino a prestarme buena com-

⁽³⁰⁾ <https://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/Entrevista-Forum.pdf>, *Ein Gespräch mit Bartolomé Clavero*, entrevista de Fernando Martínez y A. Agüero, en «Forum Historiae Iuris», 2008, donde lo cuento con detalles de nombres y apellidos que aquí huelgan.

⁽³¹⁾ Buscando raíces, ENZO TRAVERSO, *Malinconia di sinistra. Una tradizione nascosta*, Milano, Feltrinelli, 2016, con variadas traducciones, inclusive al portugués y al castellano; JOSÉ CARLOS RUEDA LAFFOND, *Memoria roja. Una historia cultural de la memoria comunista en España, 1931-1977*, València, Institució Alfons el Magnànim, 2019.

⁽³²⁾ Fue la primera de nuestras reiteradas confluencias: A.M. HESPAÑHA, *A bis-*

pañía en el convencimiento a contracorriente de que la historia del derecho tenía mucho que decirle a la historia de la sociedad o a la historia sin más, sólo que habría de ser una historia del derecho muy distinta a la que entonces predominaba por obra y por demérito de la academia establecida en Portugal y en España. Con tal otra historia del derecho, pensábamos que también la historia social tendría a su vez mucho que cambiar. En la historia del derecho cercana pronto apreciamos que Francisco Tomás y Valiente estaba situándose decididamente en dicha línea frente a las tendencias más recalcitrantes de ensimismamiento presuntamente jurídico frente a la indagación histórica y social⁽³³⁾. El grupo florentino dirigido por Paolo Grossi, al que luego me referiré, abundaría con la convocatoria a una reflexión colectiva en la que participaríamos ambos⁽³⁴⁾. Permitid que me autocite: AMH «no ha espe-

tória do direito na história social, Lisboa, Livros Horizonte, 1978; B. CLAVERO, *La historia del derecho ante la historia social*, en «Historia. Instituciones. Documentos», 1 (1974), pp. 239-261. La principal sin duda: A.M. HESPANHA, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, trad. Ana Cañellas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, Giuffrè, 1991, ahora en *Historia Jurídica Europea*, eds. Jesús Vallejo y Sebastián Martín, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2019, cap. 3. Las ligeras diferencias de años en ediciones no son significativas porque estábamos en comunicación y porque *Gracia del derecho* también recogía textos publicados durante los años previos. Se editó por mi iniciativa en la colección del Centro de Estudios Constitucionales *Historia de la Sociedad Política*, que por entonces dirigía. Para materiales complementarios del propio A.M. HESPANHA, *A Política Perdida. Ordem e Governo antes da Modernidade*, Curitiba, Juruá, 2010; ID., *Caleidoscópio do Antigo Regime*, São Paulo, Alameda, 2011.

⁽³³⁾ A.M. HESPANHA, *O que Tomás fez per nós*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 67 (1997), pp. 35-39; Marta LORENTE, *Historia del derecho y sentido común. La obra de Francisco Tomás y Valiente y el oficio de historiador*, en «Historia Social», 38 (2000), pp. 141-159; B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente y la historia del derecho como profesión*, en *Francisco Tomás y Valiente, memoria y legado de un maestro*, ed. María Paz Alonso, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2016, pp. 15-48, con las circunstancias españolas que aquí vienen menos al caso.

⁽³⁴⁾ *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, ed. Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 1986, «una preziosa occasione per superare le reciproche diffidenze (e indifferenze)», justamente para Eliana AUGUSTI, *Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione*, en *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, eds. Massimo Brutti y

rado a la reunión de Florencia para abrir el horizonte». Lo decía en momento cuando esto podía estar ya más a la vista, tras las *Vísperas del Leviatán*, a lo que pronto me refiero y que ya nos llevará fuera de nuestra juventud⁽³⁵⁾.

Aquel primer libro de AMH ayudaba entonces. No andábamos tan seguros ni tan sobrados como para permitirnos el lujo de no valorar nuestros propios tanteos. Retrospectivamente, mirando desde nuestra obra de tiempos posteriores, podemos ofrecer la impresión de que sabíamos lo que queríamos y de que pisábamos fuerte. Resulta engañosa. Es fácil olvidar que en la juventud todavía no éramos quienes seríamos, ni António Hespanha ni Bartolomé Clavero⁽³⁶⁾, aunque tampoco es que fuéramos del todo anónimos. Nuestros ritmos por aquel principio eran distintos. Yo me había concentrado más en exclusiva en la profesión. Tras mi primer libro, el *Mayorazgo*, publicado en 1974, anduve algunos años pegando saltos entre materias y entre tiempos sin acabar de fijar el rumbo⁽³⁷⁾. Sólo en los años ochenta creo que los dos lo consegu-

Alessandro Somma, Frankfurt a. M., Max Planck Institute for European Legal History, 2018, p. 35.

⁽³⁵⁾ B. CLAVERO, *Debates historiográficos en la historia de las instituciones políticas*, en *Problemas actuales de la historia*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1993, p. 204; partiendo de aquel encuentro, el mismo A.M. HESPANHA, *Is there place for a separated legal history? A broad review of recent developments on legal history*, en «Quaderni fiorentini», 48 (2019), pp. 7-28.

⁽³⁶⁾ Ni siquiera nominalmente pues, con el uso portugués de anteponer el apellido materno, a veces aún se presentaba como António Manuel Botelho Hespanha. Por mi parte, nunca utilicé como autor mi nombre completo, Bartolomé José Clavero Salvador. En ocasiones, mi segundo apellido se cuela por internet, incluso como si fuera el principal, mientras que observo menos confusión en el caso suyo. Puede haber una razón: entre usos, el internacional de tomar por apellido de identidad el último sirve para el portugués y no para el español. Hoy, en España como en Portugal, el registro civil, en nombre de la no discriminación por género, permite la elección del orden entre apellidos, pero no la reducción a uno solo.

⁽³⁷⁾ B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836* (1974), ed. ampliada, Madrid, Siglo XXI, 1989. La *Semblanza profesional* del portal de mi *website* (<https://www.bartolomeclavero.net>) observo ahora que ofrece la visión retrospectiva. Para mejor perspectiva, que a menudo no es la propia, con oportunas referencias a la obra inspiradora de AMH, J. VALLEJO, *Historia del derecho y Europa del revés*, en CLAVERO, *Historia Jurídica Europea*, cit., pp. 15-39.

mos. Y lo hicimos gracias a nuestro trabajo mutuamente receptivo. Venimos entonces ambos a concebir y practicar una historia del derecho sensible y atenta a la alteridad del pasado en relación a nuestro presente y a la singularidad de nuestra cultura del derecho de frente a tantas, tantísimas otras. Es un extremo este de la alteridad de lo ajeno y la singularidad de lo propio que AMH destaca justamente con insistencia en la entrevista argentina. No voy a abundar en esta travesía del espejo ni en lo que encontramos al otro lado⁽³⁸⁾. Puedo limitarme aquí a suscribir la viveza de sus palabras.

2. *Não tão jovens:... al resgate de historia.*

La primera obra mayor de madurez de AMH en hacerse pública es para mí la de un manual bien original gestado al hilo de sus cursos: *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*, cuya versión final apareció en 1982⁽³⁹⁾. Consigue algo sumamente difícil a los efectos de la docencia: mostrar la alteridad de aquellos tiempos. Y lo hace del modo más simple en apariencia: utilizando la jurisprudencia doctrinal y la teología moral de la época para introducirse e introducirnos en aquel mundo. Cualquiera que se

⁽³⁸⁾ Con todo lo que hemos escrito ambos luego, creo que las obras claves a dicho efecto siguen siendo su *Gracia del derecho* y mi *Antidora*. De la primera puede considerarse como versión original actualizada su posterior *A ordem do mundo e o saber dos juristas. Imaginários do antigo direito europeu*, Lisboa, Create Space, 2018. De la segunda hay edición francesa: *La grâce du don. Anthropologie catholique de l'économie moderne*, trad. Jean-Frédéric Schaub, Paris, Albin Michel, 1996. El llamativo giro de título o subtítulo entre *Gracia del derecho* e *Imaginários do direito* responde a la acentuación de la reducción de la importancia del ordenamiento estrictamente jurídico para el orden social que veníamos analizando en relación a la cultura histórica europea en particular, aunque no sólo a su respecto para él: A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje* (2007), ed. revisada y ampliada, Coimbra, Almedina, 2009.

⁽³⁹⁾ A.M. HESPANHA, *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982. Tanto la *História das Instituições* como *A história do direito na história social* se han ofrecido gratis por AMH en formato PDF desde la plataforma de *academia.edu* a solicitud que ya no podrá lograr respuesta. A ambos libros puede accederse en *scribd.com*.

haya asomado a aquella literatura para hacer algo más que extraer fuera de contexto una cita biensonante o para verificar alguna de entre tantas como corren translaticias en composiciones igualmente anacrónicas sabe que de sencillo ese método no tiene nada. He ahí con esto entonces una forma de acceder a una determinada alteridad histórica⁽⁴⁰⁾. Yo estaba enfrascado en el mismo procedimiento, pero a efectos de investigación, no de docencia, no a éstos que añaden dificultad por cuanto hay encima que franquearlo para audiencia y lectura no especializadas. Ya fue toda una lección de maestro. Al cabo del tiempo con el mismo método confeccionaría un vademécum aún más enjundioso⁽⁴¹⁾.

Comenté con admiración y por extenso aquel manual. Celebré nuestra coincidencia no sólo en el objetivo de marcar la alteridad, sino también en el método antropológico de hacerlo a través de la cultura operativa de aquella sociedad histórica, no de la nuestra por muy superior que ésta se presumiese y presuma⁽⁴²⁾. Cada cultura presta acceso a su propia sociedad, no a otras. Y él ya se estaba aplicando el cuento a conciencia. Cuando aparece la edición definitiva de su *História das Instituições* está publicando trabajos con los planteamientos que conducirían en 1986 a sus *Vésperas do Leviathan*, obra maestra deslumbrante⁽⁴³⁾. En mi caso, me resulta

(40) Contábamos con la ayuda preciosa de los primeros volúmenes sobre jurisprudencia de un instrumento precisamente planteado en la línea contraria de génesis del derecho europeo: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, ed. Helmut Coing, Munich, C.H. Beck, 1973-1996, con participación clave para la Península Ibérica de nuestro introductor, Scholz, y edición en castellano parcial: Antonio PÉREZ MARTÍN, J.M. SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, prólogo de Mariano PESET, Valencia, Universidad de Valencia, 1978.

(41) A.M. HESPANHA, *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*, Lisboa, Create Space, 2015.

(42) <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/13/0564.pdf>, comentario que titulé *Del pensamiento jurídico en el estudio de la historia*.

(43) A.M. HESPANHA, *As Vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal, século XVII*, Lisboa, Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, 1986, edición fotocopiada como tesis doctoral con sobretirada por el autor, que es la versión más extensa y que ya contó con recensión apreciativa de J.F. SCHAUB en «Anales. Histoire, Sciences Sociales», 46 (1991), pp. 502-505; *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político. Portugal, siglo XVII*, trad. Fernando Bouza, Madrid, Tau-

ahora curioso constatar que, aunque el *Mayorazgo* ya apuntara años antes en la dirección de utilizar la jurisprudencia histórica para comprender las instituciones de aquel tiempo, no supe todavía entenderlo en el sentido de la reconstrucción sistemática de la alteridad. Él lo hizo y además con un despliegue mayor de fuentes⁽⁴⁴⁾. El título, *Vésperas do Leviathan*, resulta entonces y ahora tan pegadizo como ambiguo. Sugiere a un mismo tiempo que el Estado, el Leviatán, aún no existía y que ya estaba germinando⁽⁴⁵⁾, lo que resulta más problemático a la luz de sus propias evidencias. Sobre esto no estábamos del todo conformes⁽⁴⁶⁾. Tuvo luego que

rus, 1989; edición portuguesa definitiva, *As Vésperas do Leviathan. Instituições e poder político em Portugal, século XVII*, Coimbra, Almedina, 1994. Para reflexión metodológica suya, con referencia a su «formazione materialista» como sustrato de una obra que entiende weberiana y foucaultiana, aunque va ciertamente más allá, A.M. HESPANHA, *Heautontimorumenos*, en «Scienza e Politica. Per una storia delle dottrine», 5 (1991), pp. 105-109.

(44) Reseñé la versión española de las *Vísperas*, primera en ser publicada por una editorial regular, en el «Journal of Modern History», 63 (1991), 4, pp. 801-802: «The author knows how to use social data and juridical thought to situate himself in a singular time. His undertaking is fruitful. Here we have the richest and most complete image of the early modern political system that the historiography can offer today. I deliberately state this in general terms», no solo para Portugal. Lo propio puede decirse de su última obra: reseña de Thamar HERZOG a *Filhos da Terra* en «e-journal of Portuguese History», 17 (2019), 1.

(45) Renán SILVA, recensión, cumplida, de *La gracia del derecho* en la revista «Sociedad y Economía», 2 (2002), pp. 149-158, revista de la Universidad del Valle, colombiana, en p. 149: *Vísperas del Leviatán* «resulta esencial para entender el surgimiento del Estado moderno», lo que es apreciación usual; Inés SANJURJO, *Nuevas perspectivas en la historia de las instituciones y del derecho. Los aportes de António Hespanha*, en «Revista de Historia Americana y Argentina», 41 (2006), pp. 161-162: AMH evita «caer expresamente en la provocativa declaración de la inexistencia del Estado en sociedades previas al período del Constitucionalismo liberal decimonónico que realiza Bartolomé Clavero». Él se mostraba más comprensivo cuando le interrogaban sobre mis presuntas «provocações»: Luís CHORÃO, reseña de *António Manuel Hespanha. Entre a história e o direito*, p. 850, en «Análise Social», 2005, 217, pp. 847-852, refiriéndose a manifestaciones del homenajado en la presentación del homenaje.

(46) A.M. HESPANHA, *Diálogo (com) Bartolomé Clavero*, en «Penélope. Fazer e desfazer a história», 1 (1988), pp. 95-109; *António Manuel Hespanha entrevistado*, cit., pp. 62-63, con una aseveración sobre mí de la que discrepo pues siento curiosamente lo contrario: «Eu acho que ele me influenciou mais a mim do que eu a ele».

ver con nuestras diversas formas de abordar la historia constitucional pues yo la tengo por partera del Estado. Él mismo manifestó que ahí, por este extremo en el que, cosa rara, no confluíamos, teníamos un examen pendiente⁽⁴⁷⁾.

Había pasado la juventud. ¿Puedo afirmar que, unidos en el empeño y con alguna compañía a la que me referiré, estábamos comenzando a vencer el anacronismo proverbial e impenitente de la historia del derecho, el motivo de fondo del desprecio con el que la distinguía la mejor historiografía y por el que la apreciaba la peor doctrina? En todo caso, había concluido nuestra juventud intelectual, por no decir de la política. Habíamos entrado en la madurez ya no prematura. Sobre la prosecución de nuestra relación me he extendido en un escrito de homenaje con motivo de su jubilación⁽⁴⁸⁾. Siguió pronto la mía, aunque ninguna fuera una retirada. Nuestro trabajo nunca dependió de la retribución. Tras aquel arranque de la juventud, nuestras obras continuaron desarrollándose en paralelo. Han sido unas paralelas que incumplen la regla geométrica de no tocarse hasta el infinito pues lo hacen por fortuna las nuestras a menudo⁽⁴⁹⁾. Así creo que hemos contribuido

Lo reitera en un anticipo de *Filhos da Terra: «Os ‘portugueses’ como extensão informal do Império luso. Política e administração de um império sombra»*, en *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, eds. J. Vallejo y S. Martín, Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 235: «Pípo (BC) ensinou-nos...», concretándose a enseñanzas sobre el Estado que tengo por recíprocas.

⁽⁴⁷⁾ *António Manuel Hespanha entrevistado*, cit., p. 62: «Já nas interpretações do constitucionalismo oitocentista não convergimos tanto, embora ainda me falte fazer um balanço apurado das nossas perspectivas». Sobre el desafío de la historia constitucional para su propia obra, F. MARTÍNEZ, *Los dos Hespanhas*, en «Historia Constitucional», 6 (2005), pp. 459-466, reseña extensa de su *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004, que tendría una edición muy revisada con subtítulo elocuente: *Hércules confundido. Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, Curitiba, Juruá, 2009.

⁽⁴⁸⁾ <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/41/0677.pdf>, la versión extensa, bajo el título de *Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (Lectura coral de las vísperas constitucionales de António Hespanha)*; versión breve en el homenaje por su jubilación: *António Manuel Hespanha. Entre a história e o direito*, cit., pp. 151-170.

⁽⁴⁹⁾ En tiempos ya nada jóvenes coincidimos al extender nuestros intereses, de

a la puesta de la historia del derecho en el mundo tanto de la historia como del derecho con provecho, creo, para la una y para el otro. Tampoco es necesario que aquí se abunde pues hay quienes lo han tratado ⁽⁵⁰⁾.

A tal arranque de estas peculiares paralelas que se cruzan continuamente desde nuestra juventud hasta su fallecimiento se refiere AMH en la entrevista argentina. «Pertenezco — nos recuerda — a una generación, a la que pertenecen también Bartolomé Clavero, otros italianos, gentes de izquierda, críticos con el Estado liberal» o con el Estado sin más, entendiéndolo como «una forma más de organizar la sociedad», para nada la que debe protagonizar y conducir la historia del derecho ni ninguna otra historia salvo, naturalmente, la de sí mismo, la del propio Estado cual institución contingente. Lo de italianos lo dice especialmente, aunque no tan sólo, por la primera generación de discípulos de Paolo Grossi (Mario Sbriccoli, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti...) ⁽⁵¹⁾. Junto al

una parte, hacia las Américas, con la entrada de la problemática colonial, y, de otra, hacia el derecho actual, trayendo hasta el presente la crítica aprendida en la práctica de la historiografía. En su extensión hacia Asia no le seguí, aunque me instó. Indudablemente, él acabó abarcando más. Como en los otros temas en los que hemos coincidido, no es raro que se nos cite en comandita a un mismo efecto: «Como explicaram Bartolomé Clavero ou António Manuel Hespanha, entre outros, nos dois ordenamentos ibéricos transpostos para a América [...]», tanto monta uno como otro: P. CARDIM, *Os povos indígenas, a dominação colonial e as instâncias de justiça na América portuguesa e espanhola*, en *Os Indígenas e as Justiças no Mundo Ibero-Americano, sécs. XVI-XIX*, eds. Ângela Domingues, Maria Leônia Chaves de Resende y P. Cardim, Lisboa, Centro de História da Universidade de Lisboa, 2019, p. 34.

⁽⁵⁰⁾ <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18090>: J. VALLEJO, *Paratonia de la historia jurídica*, en sus *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III, 2014, cap. 4, eps. 2 («La mirada sorprendida: António Manuel Hespanha») y 4 («Historia del derecho y derecho en la historia: Bartolomé Clavero»); p. 85: se trataba desde nuestra juventud, diciéndolo respecto a AMH, de acabar «con una ciencia anticuaría que en su deliberada apariencia de neutralidad imposibilitaba la crítica histórica del derecho vigente», mediante el antídoto de una historia del derecho que es historia y es derecho o, si se prefiere, ciencia histórica y ciencia jurídica; en esta línea, con la debida atención a la obra de AMH, Carlos GARRIGA, *Historia y derecho. Perspectivas teóricas para una historia 'localizada' del derecho*, en *Discursos y contradiscursos en el proceso de la Modernidad, siglos XVI-XIX*, eds. José Ángel Achón y José María Imízcoz, Madrid, Sílex, 2019, pp. 67-16.

⁽⁵¹⁾ Por *scholar.google* encuentro referencias varias a nosotros como renovado-

Max Planck francofortés, el *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* de la Universidad de Florencia, fundado y dirigido largo tiempo por Grossi, ha sido hogar y taller para nosotros, más para él el primero y para mí el segundo. Estas fueron nuestras *almae matres*, cuidadoras nutricias para nosotros⁽⁵²⁾.

Para AMH y para mí, Paolo Grossi ha sido el principal y más constante mentor europeo. El valedor español fue Francisco Tomás y Valiente, puntal solo truncado por su alevoso asesinato. Portugués no tuvimos, o AMH fue el mío e incluso de muchos⁽⁵³⁾.

res de la historia del derecho. Ahorro aquí las que registré en *Gracia y derecho*, cit., pp. 751-752. La de Elisa SPECKMAN y Daniela MARINO presentando el monográfico sobre *Ley y justicia (del Virreinato a la Posrevolución)* de «Historia Mexicana», 55 (2006), 4, p. 1101, agrupa a una docena de varones como los apóstoles cristianos: «Paolo Cappellini, Pietro Costa, Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Maurizio Fioravanti, António Manuel Hespanha, Luca Mannori, Raffaele Romanelli, Jean Frédéric Schaub, Carlos Garriga, José María Portillo y Mario Sbriccoli». Navegando, me topo con una lista mía incompleta en entrevista de Ivan de Andrade Vellasco en la «Revista Brasileira de História», 62 (2011), pp. 319-331: «Francisco Tomás y Valiente, Paolo Grossi, António Hespanha, Marta Lorente, José María Portillo, Jesús Vallejo, Carlos Garriga...».

⁽⁵²⁾ <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/104/>: *Storia e diritto: Esperienze a confronto. Atti dall'Incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini*, ed. Bernardo Sordi, Milano, Giuffrè, 2013, contribuyendo ambos en la sección «Oltre le storie nazionali: spazi e confini nella storia giuridica». Los *Quaderni fiorentini* y los volúmenes colectivos de la *Biblioteca* anexa se tienen accesibles en <http://www.centropgm.unifi.it>. Nuestra primera colaboración, junto a las de J.M. Scholz y Mariano Peset para Portugal y España, habría de haber sido para el número doble monográfico de los «Quaderni fiorentini», 5-6 (1976-1977), *Itinerari moderni della proprietà*, aunque él se puso a la faena ya a destiempo: *O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal*, en «Análise Social», 1980, 61-62, *O Século XIX em Portugal*, pp. 211-236. Para el Max Planck de historia del derecho, <https://www.rg.mpg.de>, donde, por iniciativa de Thomas Duve, se ha desarrollado en los últimos años una dinámica división latinoamericana.

⁽⁵³⁾ Con dirección más constante, sobre todo en los últimos tiempos, hacia Latinoamérica en general y Brasil en particular, donde dio clases y publicó bastante tras su jubilación, y más allá: A.M. HESPANHA, *Una nueva historia política e institucional*, en «Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales», 1996, 166, pp. 9-45 (versión abreviada de *Storia delle istituzioni politiche*, Milano, Jaca Book, 1993), y la entrevista argentina por supuesto, como indicios. Y no olvidemos que las obras pueden viajar más que las personas dejando rastros y marcando huellas menos detectables, más ahora con la edición electrónica de libros y masivamente de revistas. AMH ha reci-

Nuestra generación ítalo-hispano-lusitana de historiadores del derecho ha tenido verdadera suerte. Tanto nos debemos los unos a los otros y todos, indudablemente, algo o bastante a AMH⁽⁵⁴⁾. Con su movilidad entre tierras y entre lenguas, hasta nos ha prestado servicios de embajador. Su obra seguirá sirviéndonos de embajada⁽⁵⁵⁾. Al final, entre unos y entre otros, se ha conformado un circuito virtual con eje de propulsión ítalo-ibera conociendo diversas composiciones en las que Grossi y AMH nunca faltan. Está haciéndose presente ahora en particular por América Latina⁽⁵⁶⁾. Y anda ecualizado. Entre tres generaciones, con la de AMH mía si-

clado por esta vía, autoeditándose en *Create Space y Kindle-Amazon*, parte de su obra durante estos últimos años, un codicilo de su testamento académico.

⁽⁵⁴⁾ <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/034/>: *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, para nuestra presentación conjunta definitiva en sociedad europea (1989), gracias a iniciativa de Paolo Grossi; F. TOMÁS Y VALIENTE y otros (como nosotros dos), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990; *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995; B. CLAVERO, *Iurisdictio nello specchio o el silencio de Pietro Costa*, en P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella repubblica medievale, 1100-1433*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. XVIII-LXXX; VALLEJO, *Paratonia de la historia jurídica*, cit., ep. 5 («Técnica del derecho como estrategia de la historia: Paolo Grossi»).

⁽⁵⁵⁾ María Fernanda BICALHO, *Per que nós, de língua portuguesa, sentimos saudades? António Manuel Hespanha e a história do Brasil*, en «Revista Brasileira de História», 2019, 81, p. 239: «a obra de António Manuel Hespanha foi uma das grandes responsáveis pela difusão na comunidade académica brasileira de conceitos e perspectivas já então correntes na historiografia política europeia, apresentando-nos os estudos de autores como Bartolomé Clavero e Pablo Fernández Albaladejo». La *saudade* es por el fallecimiento.

⁽⁵⁶⁾ Thomas DUVE, Heikki PIHLAJAMÄKI, *Introduction: New Horizons of 'Derecho Indiano'*, en *New Horizons in Spanish Colonial Law: Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, eds. los mismos, Frankfurt a. M., Max Planck Institute for European Legal History, 2015, p. 2: «Paolo Grossi, António Manuel Hespanha, Bartolomé Clavero, and others», con referencia, en general y para este registro, a Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. Para la posición al respecto de A.M. HESPANHA, *O 'direito de Índias' no contexto da historiografia das colonizações ibéricas*, en *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Berlín 2016*, ed. Th. Duve, Madrid, Universidad Carlos III, 2017, vol. I, pp. 43-83. Para la mía, B. CLAVERO, *Europa hoy entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en «Quaderni fiorentini», 33-34

tuada en medio, se han desarrollado relaciones de igualdad notables para medios como los académicos. Nadie es acólito ni epígono de nadie. Y el circuito se ensancha a su aire. AMH es tan fijo que llega a percibirse como polo de atracción y eje de rotación⁽⁵⁷⁾. También vayamos a decir que es indiscutible, aunque la crítica viene más de algunos medios portugueses y brasileños que de otros ámbitos. Sus cuestionamientos tocan a la fibra de la historia patria en cuyo espacio además se concentra una competitividad de la cual por su parte no participaba⁽⁵⁸⁾.

Por lo que atañe a nuestro circuito, está efectivamente proyectándose en especial desde Europa hacia América durante estos últimos años, por lo común además con espontaneidad, sin necesidad de impulso institucional o asociativo de un tipo u otro⁽⁵⁹⁾. Fuera de una geografía digamos que latina hay barreras no tanto,

(2004-2005), pp. 541-555. Ambos impugnamos, como colonial, la categoría de *derecho indiano*.

(57) J.F. SCHAUB, *António Manuel Hespanha (1945-2019)*, en «Prismas. Revista de Historia Intelectual», 23 (2019), p. 354: «Es notable que la obra y la personalidad de Hespanha hayan establecido una red de juristas, historiadores y filósofos del derecho como Paolo Grossi, Pietro Costa y Paolo Cappellini en Florencia, Bartolomé Clavero y Jesús Vallejo en Sevilla, Francisco Tomás y Valiente, Clara Álvarez y Marta Lorente en Madrid, Carlos Petit y Antonio Serrano en Barcelona...».

(58) Diogo Ramada CURTO, *Is there a trend towards internationalization in Portuguese historiography?*, en «e-journal of Portuguese History», 1 (2003), 1, *Surveys and Debates*, art. 3; Jorge PEDREIRA, *The Internationalization of the Portuguese Historiography and its Discontents*, en el mismo «e-journal», 1 (2003), 2, *Surveys and Debates*, art. 3; Francisco C. COSENTINO, *Uma leitura de António Manuel Hespanha*, en «Cultura Histórica e Patrimônio», 2 (2013), 1, pp. 72-88. Por su parte, A.M. HESPANHA, *Depois de Leviathan*, en su *O Caleidoscópio do Direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 7-38.

(59) «Hemos retomado propuestas de Bartolomé Clavero, de António Manuel Hespanha, de la historiografía del derecho italiana representada por Paolo Grossi o Pietro Costa, pero aplicándolas al mundo de la América colonial»: entrevista a P. CARDIM de Irene Vicente Martín, en «Revista de Estudos Brasileiros», 10 (2018), p. 211; para otra a historiador igualmente significado, la de Guillaume Gaudin y Pilar Ponce a Darío G. BARRERA en «Les Cahiers de Framespa», 2019, 30, sección de *entrevue*, a la primera pregunta: AHM «proponía estudiar la constelación originaria de los poderes prescindiendo de la categoría de estado para la forma de poder político». Y rastreese a AMH y a *tutti quanti* en «PolHis. Boletín Bibliográfico Electrónico», 2012, 10, dossier *Historia política e historia del derecho*.

entiendo, de lenguas, como de culturas académicas. En la anglosfera acredita el propio inglés y, si acaso, el francés y el alemán, salvo el caso de áreas especializadas por supuesto, como la de *Latino Studies* entre otras que se entienden culturales. Por visitar o por traducir las coordenadas no se alteran. Tampoco vamos a lamentarnos. La humanidad es ancha y el futuro no se piensa ni escribe en una sola lengua. Frente a la erección del inglés en esperanto académico, tendría que fomentarse la inclusión en el diálogo y el intercambio de la investigación y la docencia de más y más lenguas, de más y más culturas, sin carácter subsidiario o de mera especialidad, con sus universos propios de experiencias y conocimientos intercomunicables. AMH tuvo la comprobación al alcance de la mano por la extensión de su actividad profesional hacia Asia y hacia África⁽⁶⁰⁾. Hubo en sus acercamientos desequilibrio poscolonial bastante pronunciado, pero también comunicación o, al menos, el intento de conseguirla. Pudo experimentar que es un camino de nuevo a la contra y cuesta arriba, como en nuestra juventud a otros efectos⁽⁶¹⁾. Hay vidas laborales completas que resultan irremisiblemente cortas.

⁽⁶⁰⁾ <https://www.youtube.com/watch?v=dmB8tLF5S1A>: entrevista en Brasil, en 2013, de João Carlos Peters a AMH: «Aprender a renovar o discurso jurídico, de modo que ele possa incluir essas preocupações sociais, só se aprende saindo da Europa. Não se aprende indo para a Europa. Quanto mais para o centro da Europa se for, mais se desaprende», lo que a veces arguyo, con plena seriedad, a alumnado latinoamericano que acude a España para cursar master o a doctorarse.

⁽⁶¹⁾ Fue docente e investigador en la Universidad de Macao entre 1990 y 2000 interesándose por otras formas de ordenación social además del derecho: *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Macau, Fundação Macau, 1995, con edición en chino; *Feelings of Justice in the Chinese Community of Macao: An Inquiry*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2003. A principios de los ochenta había dado clases en la Universidad Agostinho Neto de Angola. Hizo el esfuerzo, sin éxito, de dominar el *bániù* o chino mandarín. Para estudiar Brasil no lo intentó con el guaraní, lo mismo que yo, para ocuparme de los países andinos, no lo he hecho con el quechua o con ninguna otra lengua indígena. Hay una versión al chino (1997), entre tantas traducciones y ediciones, de su *Cultura jurídica europeia. Síntese de um Milénio*, edición portuguesa definitiva, ampliada, Coimbra, Almedina, 2018. De lo que entiendo como cierto tono aún colonial de su obra ultramarina me he ocupado en *Gracia y derecho*, cit.

En cuanto a ejes, circuitos y ondas expansivas, hoy no es difícil el rastreo a través de *google.scholar* y de *google.com/alerts*. Sólo quienes hemos trabajado antes de la revolución digital sabemos lo que era la lentitud y la dificultad de informarse, de documentarse y de comunicarse. Con estas nuevas condiciones y las de una políticas científicas progresivamente transestatales, quien tenía entre nosotros un mayor dominio de lenguas y culturas académicas como para impulsar con proyectos de investigación agrupamientos internacionales, no otro que AMH, era muy crítico al respecto por sus riesgos de artificialidad y constreñimiento en planteamientos y en resultados⁽⁶²⁾. Puede constatarse en sus últimas entrevistas. Andaba preocupado con la laminación de las investigaciones de amplio aliento por causa de políticas homogeneizadoras a la baja fomentadas por programas y agencias internacionales. Y lo propio le preocupaba sobre la enseñanza. Para grupos de trabajo, prefería formaciones distintivas, cohesionadas y de largo término como, en lo que interesa a nuestro círculo, la española de HICOES, ya no digamos del grupo florentino catalizado por el magisterio de Paolo Grossi o del que forman quienes en Portugal y en Brasil le consideran justamente maestro directo⁽⁶³⁾.

(62) Participaba por supuesto sin problemas de encontrar garantías en la coordinación del proyecto y cabida para el planteamiento propio: A.M. HESPANHA, *Southern Europe (Italy, Iberian Peninsula, France)*, en *Oxford Handbook of European Legal History*, eds. H. Pihlajamäki, Markus D. Dubber y Mark Godfrey, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 332-357, arranque: «The aim of this short outline is not to summarize the research [...], but rather to sketch new paths».

(63) <http://grupo.us.es/hcicea>, grupo de *Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España y América* actualmente dirigido por Marta Lorente y Jesús Vallejo; <http://www.centropgm.unifi.it>, *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno*, hoy presidido por Paolo Cappellini; *Entrevista a António Manuel Hespanha por Pedro Cardim*, cit., pp. 435-437, refiriéndose con orgullo y afecto a la obra de quienes podemos considerar que han conformado su grupo patrio, si la patria es la lengua. En una de sus sedes académicas, el *Instituto de Ciências Sociais* de la *Universidade de Lisboa*, el grupo de investigación *Impérios* (<http://gi-imperios.org/blog/pt>) organiza ahora un ciclo de seminarios bajo la apelación de *Reler António Manuel Hespanha. História, Historiografias e Direito(s)*. En la entrevista argentina, hacia sus últimos minutos, se explicó sobre la serie de preocupaciones referidas.

En lo que nos concierne más estrictamente a AMH y a mí, lo que puede decirse está dicho. Nuestra obra no habría sido la misma sin la compañía y el respaldo de mentores y demás colegas. Vinimos a situarnos en una red sin centro en singular ni control posible de mando⁽⁶⁴⁾. Ya dije que de otra forma no habríamos llegado tan lejos. Creo que sí puedo hablar en nombre suyo de aprovechar para añadir un encarecido agradecimiento al grupo florentino y un sentido recuerdo a Tomás y Valiente⁽⁶⁵⁾. También compartíamos la actitud de reconocimiento de deudas y de impasibilidad para con deudores desagradecidos. Haber sido autodidacta y además, al comienzo, a contracorriente agudiza la sensibilidad a efectos antidorales académicamente saludables, pues también los hay insanos, tanto como para fomentar prácticas de corrupción. Ya dije que nunca nos dimos ni a la nostalgia ni a la melancolía. No fueron mejores los tiempos de nuestra juventud hostigada y resistente. Todos desjuvenecemos y todos pasaremos. Ojalá que lo hagamos con la paz y la satisfacción como ha podido hacerlo António Manuel Hespanha impartiendo lecciones de vida hasta en trance de muerte⁽⁶⁶⁾.

Una cuestión queda en el aire. ¿Hasta qué punto las coordenadas comunes de nuestra juventud a las salidas de unas dictadu-

⁽⁶⁴⁾ Annick LAMPÉRIÈRE, *Constitution, Jurisdiction, Codification. Le libéralisme hispano-américain au miroir du droit*, en «e-Almanack», 15 (2017), *Fórum*, p. 4: El grupo HICOES de «B. Clavero, M. Lorente, C. Garriga, J.M. Portillo, J. Vallejo, a des connexions intellectuelles étroites avec des historiens du droit aussi bien italiens (la 'escuela de Florencia' autour de Paolo Grossi) qu'argentines (V. Tau Anzoátegui, Alejandro Agüero), portugais (António M. Hespanha) ainsi qu'avec des historiens du politique latino-américanistes venus de deux côtés de l'Atlantique (Antonio Annino, Andréa Slemian, María Teresa Calderón, Jean-Frédéric Schaub, ou l'auteur de cet essai)», Lampérière.

⁽⁶⁵⁾ <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/047/volume.pdf>, mi *Biografía intelectual* de Francisco Tomás y Valiente (1996), Y tenemos autosemblanza intelectual y profesional de nuestro mentor italiano: P. GROSSI, *Legal Historian and Lawyer*, en «Zeitschrift für Europäisches Privatrecht», 28 (2020), 1, pp. 95-106.

⁽⁶⁶⁾ Hasta su última hospitalización, ya de pocos días, se mantuvo activo en la comunicación electrónica directa o por Facebook. Nos informaba sobre la evolución fatal de la enfermedad con mensajes provistos de unos detalles de humor desdramatizadores muy suyos que a lo que pensaban en la ocasión era a tranquilizarnos a los demás. Y estuvo al tiempo, hasta el final, apurando el cuidado de su obra.

ras que motivaran el desapego respecto al derecho guardan una directa conexión con la desvalorización del Estado y la apreciación tanto de órdenes sociales diferentes al jurídico, lo que él incluso extendió a los tiempos constitucionales, como de enteras normatividades igualmente otras? ⁽⁶⁷⁾. En todo caso, ningún germen hubiera fructificado sin las relaciones que fuimos tejiendo con colegas afines. Por ahí, por los cabos, los nudos y el trenzado de una red al principio tenue y finalmente tupida es por donde echa raíces — nos confiaba él desde Argentina — «el cimientó de nuestra amistad, incluso personal, con gente de nuestra generación que trabajaba en los mismos temas, como Bartolomé Clavero ante todo». «Somos casi como hermanos» ⁽⁶⁸⁾. Nos hermanaba la concordancia y sintonía intelectuales y políticas ⁽⁶⁹⁾. Y algo más, algo

⁽⁶⁷⁾ Abstraigo desacuerdos ya imposibles de afrontar en comandita. Los he ido deslizando. Debatimos alguno, él mediante correspondencia que ahí cito, en *Gracia y derecho*. Y le hemos visto referirse con franqueza a que teníamos pendiente el examen de las discrepancias entre nuestros abordajes de la historia constitucional, yo valorando un formalismo de derechos que, por lo primero, no por lo segundo, él siempre repudió. En las fronteras y en los intersticios de las relaciones entre la cultura jurídica de matriz europea y las culturas normativas más otras, digámosles indígenas, tampoco acabamos de acordarnos por no entender del mismo modo el colonialismo y su persistencia posimperial. Incluso en materia de tanta concordancia entre nosotros como la de los límites del orden del derecho con respecto a otros cual el de la gracia, él venía evolucionando hacia una reducción relativa, no consumada, del primero al nivel de lo imaginario socialmente intransitivo que yo no he compartido. Tendré que seguir dialogando con su obra.

⁽⁶⁸⁾ «Amigo entrañable» soy en la dedicatoria de *A ordem do mundo e o saber dos juristas*, su *Gracia del derecho* en versión original, quiero decir portuguesa. Precisamente es este libro el que eligió para dedicarme en sus tiempos postreros. Andaba como tomándole las medidas a la vida: «amigo entrañable desde hace mucho». Acabábamos de tener nuestro último encuentro, el de los breves paseos.

⁽⁶⁹⁾ Wikipedia, voz *António Manuel Hespánha*: «... considerado, juntamente com o espanhol Bartolomé Clavero...» (consulta 24/2/2020). «El proyecto intelectual de Bartolomé Clavero y António M. Hespánha» llega prácticamente a fundirse en uno solo: Agustín CASAGRANDE, *La historia conceptual y la hermenéutica de la historia del derecho*, en «Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja», 16 (2016), pp. 40-62. Con esta no rara refundición siento incomodidad no porque se nos indiferencie, sino porque se me endosan méritos que en buena parte corresponden a otros (Lorente, Portillo, Vallejo, Garriga...), como si mi nombre, y no el de HICOES, representase al grupo.

de superior entidad y mayor alcance en vida y en la memoria: su calidad y su calidez humanas ⁽⁷⁰⁾, el cimiento de mi aprecio. *Adeus, António Manuel, meu irmão. Continuaremos irmanados em citações. Os outros mantêm nossa velha amizade viva.*

⁽⁷⁰⁾ *António Manuel Hespanha. Entre a história e o direito*, cit., Sección IV, «Testemunhos»; Mônica D. DANTAS, *Do processo histórico à história como processo*, en «Práticas da história. Journal of Theory, Historiography and Uses of the Past», 9 (2019), pp. 191-198; LORENTE, «El último currículum». *Una reflexión sobre A.M. Hespanha*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 2018-2019, 88-89, pp. 885-887.

RICARDO MARCELO FONSECA

O DEMIURGO ‘COOL’:
O ELO DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA
E A HISTORIOGRAFIA JURÍDICA BRASILEIRA

«Das coisas que fiz a metro
todos saberão quantos quilômetros são.
Aqueles em centímetros
sentimentos mínimos
ímpetos infinitos não?»

(Paulo Leminski)

1. Quando António Manuel Hespanha viu publicado o texto que eu havia escrito para o número 47 dos *Quaderni fiorentini* em que resenhava seus três grandes livros que haviam sido publicados no ano de 2017 ⁽¹⁾, ele postou uma mensagem em suas redes sociais dizendo que eu exagerava nos adjetivos porque era seu amigo. Ele falava isso, imagino, porque eu dizia, com a mesma convicção que tenho agora, que há cinquenta anos ele vinha produzindo uma obra densa, original e criativa, cujo impacto ainda estava por ser inteiramente descortinado, como eu também dizia ainda que, em língua portuguesa, não dispúnhamos de nada melhor e nada comparável. Por aqueles dias, num e-mail que me escreveu no dia 08 de julho de 2018, ele brincou: «Ainda estou babado com a leitura do teu artigo nos *Quaderni*. Aparte os elogios, que sempre me deixam um bocado incômodo (mas que aquecem

⁽¹⁾ R.M. FONSECA, *A delicada costura de um legado analítico: do antigo regime à era do constitucionalismo (sobre alguns escritos recentes de António Manuel Hespanha)*, in «*Quaderni fiorentini*», 47 (2018), pp. 721-728 (disponível em <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/47/0727.pdf>).

o espírito), acho que apanhaste linhas de análise bem interessantes e que das uma boa perspectiva do conjunto dos livros que publiquei. Já vou amanhã comprar um cabrito ou dois pra te mandar». Já alguns dias depois, após trocas de mensagens em que planejávamos a sua vinda para Curitiba (que seria a última viagem dele ao Brasil), ele continuou a brincadeira: «Vou perguntar à minha mãe se ela está disposta a dar o nome para você». Antônio sendo como sempre era: brincalhão, espirituoso, generoso. Vimo-nos no Brasil (ele veio para compromissos acadêmicos, entre os quais a banca de doutorado de Thiago Hansen) e poucos meses depois, em outubro de 2018, encontrei com ele pela última vez justamente em Florença, a terra do *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, lugar com amigos que ambos tanto estimávamos. Almoçamos num dia com Paolo Grossi, a quem ele tratava com a reverência de um *maestro*. Em outro dia, estivemos com Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta, jantamos com Pietro Costa e Mara, fomos à *Galleria degli Uffizi* e ao *Palazzo Vecchio* (guardo comigo todas as fotos). Não tinha ideia que não o veria mais. E o destino foi brincalhão ao justamente marcar nosso último encontro no solo dos *Quaderni fiorentini*.

2. Devo me escusar pelas referências pessoais e até profissionais, mas falar sobre Antônio Manuel Hespanha significa falar de alguém que, em certa medida, moldou minha própria trajetória. Minha dissertação de mestrado (numa época em que eu não o conhecia pessoalmente) era sobre os aportes metodológicos da obra dele. Quando, anos depois, passei a ter o privilégio de usufruir do convívio e da amizade dele, pude também discutir tudo o que eu fazia, ouvir os retornos de sua leitura atenta, trocar ideias com ele sobre a formação área da história do direito no Brasil, pude discutir sobre como a área funcionava na Europa e nos Estados Unidos. Hespanha, nos últimos onze ou doze anos, vinha para o Brasil quase todos os anos, ficando meses em Curitiba, como professor visitante ou conferencista em minha universidade ou em tantas outras, que o disputavam. Ele se tornou cidadão honorário de minha cidade e doutor «*honoris causa*» de minha universidade. E nesse convívio tudo foi se misturando: meus alunos se tor-

naram também seus alunos; meus parceiros do Instituto Brasileiro de História do Direito eram também seus parceiros e admiradores; meus colegas de Faculdade também se tornaram seus colegas; e meus amigos pessoais também se tornaram seus amigos. Como historiador do direito brasileiro (para a partir de agora poupar as alusões afetivas), eu tinha como referência e bússolas principais o que se passava em Florença e em Lisboa. Até perder uma delas. Mas o fato de ter esse ponto de observação muito próximo com Hespanha, inclusive do ponto de vista pessoal, fez-me ter o privilégio de também ter podido observar o modo como a sua obra impactou o solo brasileiro, tanto entre historiadores como entre juristas. Até mais do que isso: como creio que a obra de António Manuel Hespanha e também a sua presença pessoal foram determinantes para o modo como a história do direito moldou-se no Brasil. Hespanha teve aqui uma função de demiurgo para a nossa área. Mas, contido como era, ele provavelmente preferiria o epíteto de ‘padrinho’ da história do direito brasileira.

3. Até o ano de 2004, Hespanha tinha vindo ao Brasil algumas vezes, mas para missões academicamente aleatórias e sem uma organicidade específica com a nossa área. Ele até então mantinha relações com professores de Faculdades de história do Recife, de São Paulo e do Rio de Janeiro, além de ter vindo prestigiar um encontro de professores de direito civil, na faculdade de direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a convite do professor Francisco Amaral. Na época em que estive à frente da Comissão Nacional para a Comemoração dos Descobrimentos Portugueses, na virada do século, viajou muito ao Brasil em missões oficiais e burocráticas. Mas até então ele não tinha uma relação estruturada com a área da história do direito do Brasil — até porque foi precisamente nos primeiros anos do século que a área sofreu um grande avanço e crescimento⁽²⁾. Creio até poder identificar o mo-

(2) R.M. FONSECA, *O deserto e o vulcão: reflexões e avaliações sobre a história do direito no Brasil*, in «Forum historiae iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte», 1 (2012), pp. 1-12 (<https://forhistiur.de/legacy/debate/nuovo-mondo/pdf%20files/1206fonseca.pdf>).

mento inicial desta relação: tratou-se de um seminário organizado na cidade de Florianópolis, no mês de novembro de 2004, com a presença de Airton Seelaender, Arno Dal Ri Junior, Antonio Carlos Wolkmer, Luis Fernando Pereira, eu e Gilberto Bercovici. Era o momento em que o Instituto Brasileiro de História do Direito (então presidido por José Reinaldo de Lima Lopes) estava se estruturando e estava prestes a iniciar uma série de importantes congressos que iriam efetivamente catalisar e estruturar a historiografia jurídica brasileira. E Hespanha era a pessoa que, naquele momento, todos queriam ter por perto. Não foi por acaso que a partir do ano seguinte (quando ocorreu o primeiro grande congresso brasileiro de história do direito), a presença de Antônio Hespanha (como de Paolo Cappellini, Massimo Meccarelli e de Carlos Petit) passou a ser permanente e estruturante. De fato, creio que praticamente todos os congressos subsequentes organizados por este instituto, até o ano de 2017, contaram com a sua presença. Mais do que isto: Hespanha, neste ínterim, ficou longos períodos como professor visitante em Belo Horizonte, em Florianópolis e, principalmente, em Curitiba. Mas em todos estes períodos ele agia como um verdadeiro peregrino: viajava o Brasil inteiro, do Pará ao Rio Grande do Sul, espalhava sua mensagem teórica e, como sempre fazia, deixando no rastro uma legião de admiradores e seguidores.

4. É necessário, neste ponto acrescentar um dado pessoal dele que não era acessório: além de ser acessível e espirituoso, Hespanha tinha uma atenção generosa com a legião de pessoas que se aproximavam dele no Brasil. Fosse um estudante de curso de graduação ou um professor importante, ele lhe dedicava tempo e reflexão. Hespanha investia nas pessoas e nos afetos, gastava um bom tempo para responder e atender as mensagens que recebia de todos os lados. Isso seguramente fez com que ele tivesse construído no Brasil uma teia de relações fortes, que, além de teórica, foi se tornando também afetiva. Entre os pesquisadores da história e do direito brasileiros, Hespanha era uma unanimidade nos afetos. Claro que simpatias não explicam, sozinhas, a dimensão de uma referência teórica, mas creio que este seu dado pessoal se torna relevante na medida em que boa parte da influência que ele

conseguiu amearhar por aqui teve efetivamente esta argamassa: os brasileiros gostavam de Hespanha, tinham afeto por Hespanha e sofreram quando ele morreu. Sendo atento ao movimento das redes sociais, registro que poucas vezes vi nelas tantos depoimentos sentidos, junto com homenagens rasgadas, quanto li naqueles tristes primeiros dias de julho de 2019.

5. Mas esta argamassa pessoal e esta teia de afetos em torno de António Hespanha, como disse antes, não era naturalmente suficiente para explicar sua influência no Brasil. Ele trouxe um enorme peso que vinha de sua contribuição teórica em geral que é reconhecida por toda a comunidade da historiografia jurídica europeia (sua análise sobre a natureza do antigo regime, sobre o constitucionalismo oitocentista, sobre a teoria da história, sobre a teoria do direito), mas também — e esse aqui é o ponto que quero me dedicar — ele trouxe um enorme peso para uma inflexão *especificamente brasileira* nestas contribuições.

6. Talvez a contribuição teórica mais visível e vistosa que António Manuel Hespanha tenha trazido para o debate europeu e também brasileiro tenha sido a promoção de uma reviravolta, ao lado de uma tradição historiográfica italiana e espanhola, sobre a interpretação da natureza do antigo regime. Desde sua tese de doutorado⁽³⁾ escrita no início dos anos 1980, mas também a partir de tantas incisivas intervenções teóricas ao longo das décadas seguintes⁽⁴⁾, Hespanha nadou contra a corrente (que era particular-

(3) Publicada na década seguinte: *As Vésperas do Leviathan. Instituições e Poder Político (Portugal, séc. XVIII)*, Coimbra, Almedina, 1994.

(4) Como por exemplo (para ficar somente com os livros editados) em *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982; *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime* (org.), Lisboa, Gulbenkian, 1984; *Lei, Justiça, Litigiosidade. História e prospectiva* (org.), Lisboa, Gulbenkian, 1993; *La gracia del derecho*, Madrid, CEC, 1993; *História de Portugal. O Antigo Regime* (vol. IV da *História de Portugal*, ed. José Mattoso), Lisboa, Estampa, 1998; *O direito dos letrados no império português*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006; *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010; *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*, Curitiba, Juruá, 2010; *O calei-*

mente forte em Portugal) de uma interpretação que privilegiava marcas de centralismo político e jurídico e de absolutismo na primeira modernidade. O que ele buscou acentuar, ao contrário, foi a existência nessa época de uma grande multiplicidade de poderes e de mecanismos normativos — mecanismos « doces » — explicados emblematicamente a partir da teologia e do direito. Sempre a partir de uma análise paciente e rigorosa das fontes jurídicas, os mecanismos jurídicos complexos e labirínticos herdados do « *ius commune* » europeu foram minudenciados e decodificados. De fato, neste debate ele insistiu na centralidade das fontes jurídicas do período moderno — que eram, no mais das vezes, deixadas de lado pela tradicional historiografia (por serem frequentemente mal compreendidas e, a partir daí, desprezadas) — fontes jurídicas sem as quais os mecanismos de poder das sociedades pré-liberais simplesmente não se podem desvelar. Hespanha, nesse ponto, mostrava aos historiadores sociais como o direito importa, como não é mero acessório ou efeito de outras instâncias (pois qualquer resquício de monocausalismo agride a complexidade de sua leitura) e que levar a instância jurídica a sério é fundamental para a compreensão da própria dinâmica das sociedades passadas. Ao assim fazê-lo, Hespanha manejava ferramentas multidisciplinares (da filosofia, antropologia, sociologia), a partir de um cuidado permanente com as implicações teóricas e metodológicas de cada passo de sua pesquisa⁽⁵⁾, não se deixando impressionar pela ênfase que o « establishment » historiográfico então atribuía ao direito « régio » e formal em detrimento dos vários mecanismos de normação não oficiais. Com isso, evitava uma construção teleológica, linear e progressiva do discurso histórico jurídico, tão pacífica e naturalizada quanto equivocada. Evitando assim o anacronismo (que é o supremo pecado do historiador, segundo Lucien Febvre), Hes-

descópio do Antigo Regime, São Paulo, Alameda, 2012; *Como os juristas viam o mundo*, Amazon books, 2015; *A ordem do mundo e o saber dos juristas: imaginários do antigo regime europeu*, Amazon books, 2017; e *Uma monarquia tradicional: imagens e mecanismos da política no Portugal seiscentista*, Amazon books, 2019. É de se notar que deste elenco de livros, vários deles tiveram edição somente no Brasil.

⁽⁵⁾ Vide, especificamente nessa toada teórico-metodológica, seu livro *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978.

panha mostrava também aos juristas como a história importa e que o saber sobre o passado (e sobre o passado do direito), não é confirmatório do tempo presente, mas, ao contrário, pode ser deslegitimador de certezas estabelecidas e que pode ser instrumento de crítica e desmistificação.

7. Pois Hespanha, justamente neste debate sobre a natureza do antigo regime europeu, acaba por ter um impacto e um peso inusitado no Brasil. Certamente não no âmbito da historiografia jurídica — que, até onde sei, sempre teve como estabelecida a premissa de uma análise complexa sobre o nosso período «colonial»⁽⁶⁾. Mas no âmbito das discussões historiográficas as suas análises acabam sendo protagonistas, no início deste século, de um debate aceso e conhecido que vai definir o modo como a estrutura política e administrativa da «época colonial» será abordada. Na verdade, neste ponto António Hespanha ingressou no debate quase «sem querer»: ele pura e simplesmente tomava suas premissas já conhecidas sobre a análise do antigo regime europeu e as transplantava para o caso brasileiro, mostrando como uma estrutura de poder não centralizada e prevalentemente plural da metrópole não poderia, naturalmente, produzir um mecanismo de poder unificado, central e eficaz no âmbito da colônia — sobretudo considerando a enorme distância geográfica entre Portugal e Brasil e, claro, a enorme dimensão territorial da colônia americana. Obviamente — ele dizia — que no Brasil da época o exercício de poder teria que ser compreendido nunca a partir de um «projeto» de dominação unificado e central, mas a partir de mecanismos múltiplos e complexos de exercício de poder, onde os poderes locais, salpicados pela enorme complexidade do novo território, não poderiam de modo nenhum serem desprezados. Hespanha introduziu, afinal, o importante debate do «antigo regime nos trópicos»

(6) Hespanha inclusive dedicou um texto definitivo aos «Quaderni fiorentini» sobre a natureza do direito brasileiro no período colonial: António Manuel HESPANHA, *Por que é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro*, in «Quaderni fiorentini», 35 (2006), pp. 59-81 (disponível em <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/35/0060.pdf>).

em terras brasileiras. A questão é que ele acabou por interferir, de modo inadvertido, em debates entre escolas historiográficas brasileiras (particularmente entre historiadores paulistas e fluminenses) que já remontavam em décadas. Suas reflexões acabavam confrontando uma tese defendida com unhas e dentes por uma tradição historiográfica importante sobre a existência de um « antigo sistema colonial » no Brasil (7). Hespanha se coloca então no centro de controvérsias — que teve contornos acerbos e excessivos (8). O ponto que me parece interessante aqui foi o modo como, em meio a todo este debate, Antônio acabou forçando os historiadores brasileiros a retornarem e rediscutirem as premissas estabelecidas por alguns daqueles sacrossantos e canônicos « intérpretes do Brasil » (como Caio Prado Junior e Raymundo Faoro, por exemplo). Ou seja: como resultante deste processo, ele balançou convicções arraigadas e obrigou a uma revisão de referências importantes dos historiadores brasileiros, o que faz de Hespanha, inevitavelmente, uma referência incontornável para quem enfrenta os marcos da própria compreensão da história brasileira.

8. Sabe-se que Hespanha, após o final de seu período de empenhos administrativos na Comissão Nacional para a Comemoração dos Descobrimentos Portugueses, deslocou sua atenção para uma nova temporalidade, o período oitocentista liberal. E ali igualmente acabou tendo um papel decisivo e teoricamente inovador ao mostrar a renitência, em tantos mecanismos políticos e jurídicos, de sinais do antigo regime na modernidade; ao frisar o caráter

(7) Fernando Antonio NOVAIS, *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*, São Paulo, Hucitec, 1985³. Este livro é na verdade o resultado da tese de doutorado deste importante historiador, escrita em 1973.

(8) A esse propósito vide, de um lado, Laura de MELLO e SOUZA, *O sol e a sombra: política e administração na América portuguesa do século XVIII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006, especialmente na p. 46 e ss. De outro lado, *O antigo regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)*, João Fragoso, Maria Fernanda Bicalho e Maria de Fátima Gouvêa (orgs.), Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2001; e, mais recentemente, Antônio Manuel HESPANHA, *Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português*, in *Na trama das redes: política e negócios no império português, séculos XVI-XVIII*, João Fragoso e Maria de Fátima Gouvêa (orgs.), Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2010, p. 45 e ss.

flutuante, vacilante e complexo papel da Lei, do Estado e das Constituições numa época em que tantos lhes atribuem um papel já onipresente e absoluto⁽⁹⁾. E aqui António acabou por ter mais uma vez uma influência que moldou os contornos do debate, desta vez especificamente na historiografia jurídica brasileira. Creio que as suas análises sobre a natureza da Constituição portuguesa nos inícios dos oitocentos e o modo como ela carregava — apesar de suas pretensões de conterem uma retórica inovadora — tanta bagagem que em verdade se devia à resignificação de instituições e valores do período anterior jogaram uma luz nova sobre o debate que aqui acabou por ocorrer. Quando, no ano de 2009, ele lecionava em Curitiba um curso sobre o constitucionalismo português (que viria a resultar no seu livro «Hércules confundido») ele dizia textualmente aos estudantes: tomem tudo o que lhes digo sobre a Constituição portuguesa de 1822 como base para analisar a Constituição brasileira imperial de 1824 (que foi a primeira do Brasil), já que as premissas, as heranças e mesmo boa parte dos textos são comuns. Este ponto de partida das lições de António Hespanha acabou por determinar em grande medida, a meu ver, boa parte das pesquisas que se sucederam no Brasil sobre este período.

9. Seriam possíveis ainda abordagens específicas sobre a modo como os textos sobre teoria e metodologia de António Hespanha (ou então seus textos sobre teoria do direito⁽¹⁰⁾) impactaram no solo brasileiro e em seus pesquisadores. Certamente as análises — que deveriam recair sobre algumas especificidades da

(9) Como por exemplo em *Guiando a mão invisível. Direito, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004; *Hércules Confundido. Sentidos Improváveis e Variados do Constitucionalismo Oitocentista. O Caso Português*, Curitiba, Juruá, 2009; *O direito imaginado para um Estado imaginário: mitos doutrinários e realidades institucionais do modelo constitucional do liberalismo monárquico português*, Amazon books, 2017; *Uma monarquia constitucional: a Constituição monárquica oitocentista*, Amazon books, 2019.

(10) *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça no mundo dos nossos dias*, Coimbra, Almedina, 2007, 2009; *Pluralismo jurídico e Direito democrático*, São Paulo, Annablume, 2013; *O direito democrático numa era pós-estatal: a questão política das fontes do direito*, Amazon books, 2018.

ciência jurídica brasileira recente — iriam se desdobrar num sem número de exemplos e aplicações. Mas considero mais importante frisar aqui um ponto que, apesar de óbvio, é também decisivo para o impacto dos textos de Hespanha entre os brasileiros: o fato de que ele escrevia sobretudo em língua portuguesa, a nossa língua comum (« a última flor do Lácio, inculta e bela [...] Amo-te, ó rude e doloroso idioma », como dizia o poeta Olavo Bilac). Isso lhe deu uma « vantagem », por assim dizer, com relação a qualquer outra influência teórica estrangeira sobre a área da história do direito no Brasil. A célebre frase de Wittgenstein segundo a qual « os limites de minha linguagem são os limites do meu mundo » aqui se aplica para demonstrar como para tantos, os textos de Hespanha significavam de fato o que havia disponível na linguagem histórico jurídica. E isso, creio, pode se desdobrar em duas dimensões: o modo como seus textos didáticos e seus manuais (a que ele recorrentemente se dedicou na sua trajetória) acabaram por inevitavelmente exercer uma influência direta no momento em que a disciplina foi se estruturando no Brasil nas últimas décadas⁽¹¹⁾. Para além disso, Hespanha também funcionou como um mediador na divulgação para a língua portuguesa (e, como consequência, para tantos brasileiros) de tantos autores cruciais ou clássicos para a nossa área como Franz Wieacker, John Gilissen, A. Kaufmann, Horst Dippel e Raoul van Caenegem. Hespanha assim foi ao mesmo tempo fonte e ponte.

10. Como se viu até aqui, é inegável, sensível e visível o enorme impacto que Antônio Hespanha, por razões afetivas e teóricas, exerceu sobre estudantes, professores e intelectuais brasileiros, na história e no direito. Mas talvez haja ainda algo um tanto impalpável que, por assim dizer, tenha estabelecido uma empatia intuitiva e etérea entre o professor português e a nossa comuni-

⁽¹¹⁾ Numa primeira versão, *Panorama histórico da cultura jurídica européia: síntese de um milênio*, Lisboa, Estampa, 2007; após, em edição aumentada, *Ciência jurídica européia: síntese de um milênio*, Lisboa, Europa-América, 1998; edição brasileira: Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005; e, finalmente, em edição especialmente enriquecida para o passado brasileiro, a última edição desse livro de 2012, pela editora Almedina, de Coimbra.

dade. Uma ligação que, talvez, não decorra das características mais vistosas, das coisas feitas a «metro» e a «quilômetros», mas aquelas feitas «a centímetros», calcadas em «sentimentos mínimos» (como alude a epígrafe deste texto, do poeta curitibano Paulo Leminski). Tento me referir, ao falar disso, a um estilo intelectual que era próprio de António, que unia despojamento e sofisticação; um desejo de se afastar dos tradicionalismos acadêmicos considerados mais superados, ao mesmo tempo em que ele próprio, Hespánha, era até pelo seu ofício de historiador do direito uma das pessoas que melhor conhecia e compreendia estes tradicionalismos; um estilo ao mesmo tempo erudito e *gauche*, incontornavelmente denso de conteúdo e com um comprometimento com a política presente (ainda que de modo mediado, indireto, pleno de sutilezas). Numa palavra, num estilo *cool*.

O próprio António explicava isso em entrevista dada a Pedro Cardim publicada na revista «Análise Social», n. 200, em Portugal no ano de 2011⁽¹²⁾. Dizia ele, referindo-se ao trabalho que desenvolveu no ICS (Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, onde foi investigador entre 1989 e 2003) e, em particular, à sua relação com o grupo com que então trabalhava — ou, como ele define, sua «cult gang»: «Tínhamos — e cultivávamos, até certo ponto e de forma não agressiva ou exclusivista — um espírito de grupo, porque estávamos conscientes de que nossa solidariedade acadêmica e, até pessoal, se baseava numa partilha e reflexão de leituras, de inspirações, de métodos de abordar as questões e de instrumentos de análise. Éramos anti-positivistas, céticos em relação às autoridades, entre relativistas e, mais do que isso, atentos às regras formais da arte (rigorosos e leitores das fontes, mas não delas prisioneiros, inventores de novas fontes, artesãos de meta-fontes). Éramos informais e acho que humildes, embora de uma humildade temperada por uma grande independência de juízo». E ainda se lê nessa entrevista: «fico contente por poder ser associado à uma reação contra o egoísmo, o individualismo e a competitividade paranóica do trabalho intelectual, devastadora

(12) Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1325544690E9wVF4lk4Dc61VI6.pdf>.

para a sua qualidade e seu sentido social, assim como me agrada, do mesmo modo, ter cultivado uma certa ‘estética profissional’, não ansiosa pela fama ou pelo reconhecimento público, não obcecada pela competição entre colegas; enfim, *cool* [...]».

Por razões internas da área do direito no Brasil (que aqui não cabem ser explicadas⁽¹³⁾), creio que este estilo de Hespanha produzia um fascínio em boa parte dos juristas (sobretudo os mais acadêmicos) do Brasil. Seguramente produzia em mim. E aqui — esta é uma hipótese minha — encontra-se também um elo que explica toda essa influência que conseguiu ser teórica, afetiva e de empatia estilística. Por tudo isso a história do direito do Brasil tinha (e acrescento: continua e continuará a ter) uma ligação fundamental com o intelectual rigoroso, criativo, erudito, generoso, afetivo: o *cool* António Manuel Hespanha.

(13) Creio que boa parte dos mais prolíficos e inteligentes juristas brasileiros sofreram a influência (maior ou menor, por aproximação ou rejeição) de uma abordagem anti-formalista e crítica do fenômeno jurídico. Passando pela influência, entre os anos 1970-1990, do jus-filósofo argentino Luiz Alberto Warat (que aliás Hespanha conheceu pessoalmente em Curitiba: após uma conferência do argentino na Faculdade de direito da UFPR, fomos todos juntos a um bar para um chop), passando pela abertura teórica a filósofos e sociólogos em sua interlocução com a esfera jurídica, até a crítica contemporânea do direito, esse pano de fundo de sensibilidade fazia com que o estilo de António Hespanha se mostrasse particularmente atraente.

TAMAR HERZOG

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA
ON HOW JURISTS (AND HISTORIANS)
(SHOULD) VIEW THE WORLD

In 2015, António Manuel Hespanha published a remarkable text with a remarkable title, asking «how jurists viewed the world»⁽¹⁾. The declared aim of the book was to describe the European *ius commune* as it existed in Southern Europe in general, Portugal in particular, from the mid sixteenth to the mid eighteenth century. While meant to serve as a useful and friendly guidebook, mainly for non-jurists, it was also designed as an anthropological introduction to the past. *Ius commune*, António Manuel asserted, was a sophisticated system elaborated by professional jurists in order to regulate everyday life. Historians needed to be familiar with it if they wanted to reconstruct what had transpired. Yet, beyond the particular arrangements that *ius commune* proposed, and which António Manuel set out to uncover, *ius commune* also encapsulated a certain vision of the world, which he also sought to reconstruct.

Observing this project from today's perspective, one cannot avoid the feeling that, to some extent, it formed part of a legacy, indeed a testament, that António Manuel wanted to leave behind. As he himself described it, this manuscript was the result of over forty years of reading, discussing, and learning, and of an insistent

(1) António Manuel HESPANHA, *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

pilgrimage to sites, peoples, and jurists mostly forgotten or overlooked, which only a paleo-epistemological move could, he hoped, rescue from oblivion.

The result was a book that was both historical and anthropological, both historical and historiographical. Though somewhat encyclopaedical in style and kaleidoscopic in intention, rather than narrating names, dates, or places, its most ardent proposal was to facilitate the understanding of the basic skeleton, the fabric, colors, and textures, of Old Regime societies. At stake was constructing a thoroughfare to a past that was vastly different than our present, penetrating the minds of jurists and observing the world through their eyes⁽²⁾. As he had declared elsewhere and repeated here, there was nothing more dangerous than historians converting all that was strange in familiar, all that was surprising in trivial or banal⁽³⁾.

How did early modern jurists view the world? How could a historian living in the twenty-first century convey their vision?

According to António Manuel, the first step was to insist on the diverse character of the law. Rather than a legal system where pre-existing norms (legislation) were to be implemented, in the early modern period, governing implied exercising power by both declaring and applying the norm⁽⁴⁾. Jurisdictional in nature, the aim of the authorities was to realize and maintain a natural order by announcing precepts, restraining and punishing those who contravened them, and determining the right equilibrium in each case. The basic presupposition — that there was a pre-set order that

(2) The profound alterity of the past was already clear in António Manuel HESPANHA, *As Vésperas do Leviathan. Instituições e poder político: Portugal, séc. XVII* (1986), Lisboa, Almedina, 1994. It was openly confessed by António Manuel, for example, in José Javier RUIZ IBÁÑEZ, *Entrevista con el profesor don António Manuel Hespanha, investigador del Instituto de Ciências Sociais de la Universidad de Lisboa*, in «Parte Rei. Revista de ciencia y didáctica de la historia», 1995, 1, pp. 71-73, p. 71.

(3) António Manuel HESPANHA, *Legal History and Legal Education*, in «Rechtsgeschichte/Legal History», 4 (2004), pp. 41-56, p. 48.

(4) Pietro COSTA, *Iurisdicchio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1100-1433*, Milan, Giuffrè, 1969.

was stable and, to some extent, both prescriptive and indisputable —, led to the necessity to present all alterations of that order as either impossible or at least extremely exceptional. After all, if the aim was to defend a primordial order, then all changes — even those possible and legal — required a good explanation.

During this period, divine, natural, and civil law, as well as the law of nations, all operated simultaneously. Civil law itself was highly complex, including many diverse sources that constantly interacted with one another. Jurists consciously asked how these various normativities interacted and whether parts of them could be replaced or derogated by an agreement among the parties.

To stress the jurisdictional nature of the past, the multiplicity of authorities, and the profound legal pluralism that resulted from the existence of a plurality of normative orders, António Manuel surveyed not only royal jurisdiction but also the jurisdiction of lords and communities, as well as the church, and office holders. He explored the autonomy of both jurisdictions and office holders and insisted that royal power had two main attributes: justice and grace. Justice was the principal task of government and exercising it required following a certain procedure and employing reason. Grace, on the other hand, was anchored in will, and it authorized decisions that were otherwise unjustified. Though considered a grant that depended on the desire of the decision maker, grace was never capricious, because it too was based on certain rules that were linked to questions of conscious and to moral obligations. The church was one of the powers operating in society. Indeed, it was the most significant as well as most imperative power, penetrating much deeper and wider than any other power and featuring a presence that was much more permanent.

Because jurists were responsible for protecting the natural order, as well as explaining it, and concretizing it in particular cases, their main task was to uncover the rules that ordered things in certain ways, rules that sometimes were evident but, on many occasions, were not. Those which were not evident needed to be recovered and explained, explaining (*ex-plicare*) still comprehended as an attempt to unfold, reveal, or display, the hidden facet of things.

Jurists, thus, participated in the general hermeneutic effort to extract from revelation and nature the rules of conduct, moral and legal. It was precisely this effort that led them to disagree and debate. Though law was already given, discussions regarding what it contained were nonetheless continuous as was the search for the interpretation that would lead to the ultimate truth. And, while the search for that ultimate truth continued, all conclusions were provisory rather than permanent, probable rather than certain. The likelihood that a certain conclusion was correct grew over time, not only because of the weight of tradition but mostly because it had survived enduring questioning. Constant debate, however, never masked the agreement that the final goal was to reach a consensus, as well as to supply discussants with arguments that would carry the day.

Did jurists create or did they describe what was already there? Though juridical work probably involved both description and creation, António Manuel suggested that, regardless of the answer, what was most fascinating about «thinking like an early modern jurist» was not so much the results obtained (the particular rule or reasoning that was recommended) but the discussions themselves. These discussions revealed both certainties and doubts and they referenced a huge array of information and a plurality of topographies of knowledge. They exposed certain points of view, uncovered their basic assumptions, displayed the logic that was utilized, and disclosed the techniques that jurists employed to discuss, record, and convince. Observing these debates, however, we must never forget that, if jurists were theorists, they were also practitioners, who lived in the world rather than watched it from afar. Jurists, guided by the quest to ensure peace, as well as generate social consensus, searched to identify the fiber that could connect people, words, and acts together harmoniously. As a result, even if the world they inhabited was not *the* world, in the sense that it was their own reconstruction of what the world was like, theirs was nonetheless a universe that allow us, present-day observers, to get much closer to the ground.

How can we approach the past by studying juridical debates? One example that António Manuel recommended was to consider

the way jurists constructed the law of persons. According to their criteria, the status of people corresponded to an objective situation, the place that each person had in the order of things. Reflecting the Greek terminology (*stasis*, that is, a state of stability), status captured the equilibrium objectively existing in the universe, which was independent of will, and which corresponded to a function that each element and each person fulfilled. Because the functions of each element and person were different, so were the rights and duties that corresponded to each and, because the same person could fulfill various functions, each could also hold more than a single status⁽⁵⁾. This understanding led to a standing distinction between the juridical person (one's status) and the material person (one's body). Following this rationale, jurists reached the conclusion that while the juridical personality was permanent because so was the function, the physical person on the contrary was not. By implication, the detainer of rights and duties was the estate, not the person who belonged to it. This basic semantics also barred contemporaries from establishing a rigorous distinction between subjects and objects of law, humans and things. After all, if things had a function, which they did, they could also have rights and duties. As a result, it could be perfectly logical, for example, to punish a stone for falling, or placing a land under the obligation (servitude) to allow other properties to have passage rights. And, because there was no true correspondence between body and legal personality (legal personality being a juridical creation, not the expression of some natural reality), jurists could consider two humans, for example, a father and son, as the same juridical personality, they could attribute rights to the soul of a deceased individual, or they could consider a collectivity, e.g. a corporation, as a legal person.

If persons were a juridical creation, so were things, equally imagined as conceptual rather than empirical entities and equally forming part of a natural order, in which all humans and things occupied a place and had a particular function. Jurists, mostly

(5) Bartolomé CLAVERO, *Tantas personas como estados: Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986.

focusing not on the things themselves but instead on the pretensions that humans had with regards to things, could thereafter concoct the existence of things that had no objective presence, for example, rights or obligations. They could also construct objects whose nature was different than their juridical characterization, for example, inheritance (as distinguished from the objects that were included in it). In their minds, nothing was ever stable, nor was its juridical meaning fixed. A sheep could be part of one thing (a herd), be an entire thing (the animal), or include many different things (its different parts that could be sold separately after it was scarified). Eventually, a distinction would emerge between persons and things by reference to human capacity to understand and act accordingly. This distinction would differentiate those who could intentionally generate legal effects (and were thus considered subjects of law) from those who could not (and would thereafter be catalogued as objects of law). Yet, even this development did not completely eliminate the fundamental idea that things, and not only humans, had natural inclinations, which, when reasonable, should be recognized and protected by law.

The alterity of the past was also evident in how actions were discussed. Actions originated in Roman law as highly ritualized and formal ceremonies, which identified the grounds that justified the pretension to employ the law and which required the fulfilling of certain prerequisites. Though eventually formalism would wane, the idea that there were generic types of actions persisted, though these were now focused on what one wanted to achieve, not on what had occurred. The perseverance of the old vision, however, was particularly transparent in criminal law, where persecution depended on a legal definition that made a certain behavior a crime. Regardless of these developments, nonetheless, until the eighteenth century, actions were mechanism to obtain rights. That is, rather than instrumental means to render effective preexisting entitlements, the action itself bestowed rights. The difference, António Manuel explained, was between 'I have a thing and in order to guarantee it, an action to obtain it' and «I have an action in order to obtain a thing and because of it I own it».

If the underlying assumptions mattered, as did the longer history of concepts and ideas, so did the methodology and the organization. Placing himself in the shoes of early modern jurists, António Manuel constantly asked what they read and how they read. What was the knowledge they searched to implement and how did they place certain things together thus forcing themselves to examine the relations between different elements, relations that otherwise would be completely unsuspected. The result of these efforts by jurists, he argued, were not laws. It was the gradual construction of a doctrinal body, that is, a body of thought, opinions, and discussions. This body quickly colonized the world around it, as if — and this image is borrowed from António Manuel — it were a virus. Juridical discussions penetrated into religious books, notarial offices, municipal and royal government, as well as the activities of individuals and groups. Although always presented as old and unchanging, these debates however constantly mutated as well as exhibited important moments of rupture. And, although searching to reconstitute a harmonious world, above all they exhibited disagreements, the coexistence of multiple points of view, and of a great variety of opinions.

According to António Manuel, these underlying structures were common across the European continent, but were particularly shared in Southern Europe. Developments in Southern Europe (Italy, Spain, Portugal, and to some degree France, to use an anachronistic terminology) were particular not because these areas possessed their own spirit or culture, but because their jurists formed part of the same circuit of communication. They read and cited each other with a greater intensity than they read and cited authors from outside this geographic scope. Judged by whom they conversed with, not by where they lived, the Portuguese authors António Manuel described, should not be identified as «Portuguese» in any meaningful sense. Instead, they should be comprehended as intellectuals who happened to have been born or live in Portugal, but who were writing to a legal community not yet defined by national borders. The inadequacy of national distinctions was particularly evident when examining Spanish and Portuguese jurists, Spanish and Portuguese law. Indeed, if the normativity of

both states formed part of a pan-European Christian *ius commune* and if their jurists partook in the same communicative network, their histories were also tied together by a common trajectory and surprisingly similar historical developments. Their juridical traditions, in other words, were Iberian rather than particularly Spanish or particularly Portuguese⁽⁶⁾. Neither were distinctions between metropole and colonies truly relevant. The world early modern jurists viewed extended to all sides of all oceans. The community they wrote to was a single entity that spread out across the seas. Here and there, solutions depended on similar texts, similar technologies, similar debates, and similar presuppositions, even if the results were often distinct. The old regime, on other words, also extended to the tropics⁽⁷⁾.

Engaged as he was with present-day realities, António Manuel pointed out that these questions and these considerations were essential to understanding the past, but that they also served to comprehend the present. The southern European juridical community, whose work he reconstructed, left an important legacy to modernity. Many current arrangements could be explained by observing and studying the past, but more important than the individual solutions that persisted over time, were the presuppositions underlying them, some of which were surprisingly persistent. These included the incredible weight of corporations and a vision of the law that imagined it (still) to some degree as a system based on an objective structure. That order was perceived as natural, had a huge importance for example on how family was conceived (the result of natural relations), how rules regarding contracts evolved (contracts had elements that could not be disposed of even by exercising free will), or which were the meanings and uses of property (placing certain limitations on what will could accom-

⁽⁶⁾ Tamar HERZOG, *Frontiers of Possession. Spain and Portugal in Europe and the Americas*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2015, pp. 249-253 (also available in Spanish, Portuguese, and Brazilian translation).

⁽⁷⁾ António Manuel HESPANHA, *Antigo Regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português*, in *Trama das redes. Política e negócios no império português, séculos XVI-XVIII*, João Fragoso, Maria de Fátima Gouvêa eds., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010, pp. 43-94.

plish). According to António Manuel, all these elements (and many others) made difficult the introduction in Southern Europe in general, Portugal in particular, of a more voluntarist and individualistic vision of society. From this perspective, studying early modern law was like uncovering the archeological remains of monuments we still conserve today.

Consequently, the past had to be respected, but not forgotten. Rather than looking for what was expected, inserting what we found into our present-day common sense, ignoring what was counterintuitive, or searching for a reflection of the present, António Manuel's work invited us to undertake a journey to a foreign land and to the limits of our interpretative universe. This journey would call upon us to take what actors said and did seriously (António Manuel was famous for telling students that those who lived in the past were not stupid) and treat the records with the seriousness they command⁽⁸⁾. But if the journey was difficult, the profits would be enormous. If we were successful, the past would emancipate from the present (that usually colonizes it) and obtain a true autonomy.

Thus, although the journey to the past required an adventurous spirit, the aim was not to get lost, nor lose contact with reality. Instead, it was meant to produce knowledge that would enable us to question present day categories by demonstrating that they too were neither necessary nor inevitable. Historians who would undertake this voyage would become true cosmopolitans, not because they would have lived in many different places or spoken many different languages (which often they did) but because they would inhabit various places, periods, and peoples at the same time. The cohabitation with the past, the effort to make it intelligible, would become part of their life experience⁽⁹⁾. It would

(8) Rui TAVARES, *Levar a sério ou levar à letra? Historiografia, censura e interpretação para um aluno de António Hespanha*, in *António Manuel Hespanha. Entre a História e o Direito*, Cristina Nogueira da Silva, Ângela Barreto Xavier and Pedro Cardim eds., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 131-138, p. 132.

(9) *António Manuel Hespanha entrevistado por Mafalda Soares da Cunha, Teresa Pizarro Beleza, Nuno Gonçalo e Rita Garnel*, in *António Manuel Hespanha. Entre a História e o Direito*, cit., pp. 51-68, pp. 56-8.

habituate them to live with multiple perspectives, including those that were least expected, or that were improbable even unacceptable, according to their criteria.

I have once said that António Manuel exhibited the four cardinal attributes of a perfect jurist, as defined in a conference in which both he and I assisted twenty-something years ago⁽¹⁰⁾. The conference portrayed jurists as engaged individuals who exercised both empathy and creativity in the quest to suggest norms, rules, and solutions that would make sense to their contemporaries. To do the above, jurists were endowed with love, memory, melancholy, and imagination. So was also António Manuel. António Manuel *loved* the past and called upon us to respect it. He also treasured the friendship of many, young and old, with whom he maintained open and frequent communication, sharing his readings, ideas, and drafts of his work, and commenting on theirs. In seminars, conferences, and in class, it was rare to see him alone, not accompanied by a group of young scholars, whom he treated as colleagues rather than students. The collective projects he invented and to which he invited them to participate, were famous, laying the foundations not only of numerous academic careers but also of deep friendships. António Manuel was notorious for allowing these young scholars full autonomy to find out who they were, and what they wanted to do. As I told him in one of our last email exchanges, dated late June 2019, he had around him an important group not only of intellectual admirers but also of individuals who deeply cared for him. If he had a school — and I think he did — it was based on intellectual affinities, not politics, academic or otherwise. It was equally encored in mutual respect, admiration, and, why not, love.

But António Manuel also had a prodigious *memory*. He remembered names, dates, institutions, and doctrines, but, above all,

⁽¹⁰⁾ *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Carlos Petit, ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997 and Tamar HERZOG, *Intervenção de Tamar Herzog no Colóquio Entre a História e o Direito, em homenagem a António Manuel Hespanha*, in *António Manuel Hespanha. Entre a História e o Direito*, cit., pp. 99-103.

he was a master storyteller. He shared hundreds of anecdotes that were extremely funny, even droll, but that at the same time shed light on things and people near and far. On occasions, António Manuel could become *melancholic*. He was critical of the myopia of present-day jurists and was deeply worried about juridical refusal to engage seriously with current day challenges. The celebration of democracy and a state of law, allowed in his opinion to ignore the constant questioning of important ideals such as the single equal citizen. António Manuel was also disappointed by those intellectuals who were insufficiently engaged, and constantly compared where we were to where we could have been. His *imagination* was as legendary as was his originality. It was evident in the entire corpus of his work, in conversations with him, and in his ability to penetrate the past in order to imagine alternative presents. It was equally obvious in the smallest and most inconsequential things, such as his devotion to asking what the «etc.» that was included among Portuguese royal titles meant. This imagination also allowed António Manuel to master the art (and the science, why not) of ordering objects into systematic and consequential categories, in making sense of them, and seeing clearly and totally his way in the jungle of the past that many thought was far too chaotic. He chartered a path, while destroying old truths. Like a gale, he left nothing untouched but also, like a true master builder, he proposed new foundations.

Since I last spoke to António Manuel, two days before he passes away, during the hours following his death, in the wake, the funeral, and since then, I have said, written, heard, and read so many things about him, that I no longer distinguish between what is mine and what proceeds from others. What became clear to me was that António Manuel was the center of gravity, the magnet, the sun, of an extended universe, which was geographically varied and interdisciplinary diverse, but that nonetheless cohered by the quest to question, reason, discuss, and debate. The massive void that was generated by his departure left us, those who had admired and loved him, bereaved and woebegone. Like many others, I suspect, I lost not only a mentor and a friend but also an extremely avid, generous, perceptive, judicious, and intelli-

gent interlocutor who understood how I thought and often discovered in my work hidden treasures that I failed to notice. As I confessed in the acknowledgements for my last book (*A short history of European Law: The Last two and a Half Millennia*), I was «particularly indebted to António Manuel Hespanha, who, since my graduate-student days in Paris and over the last twenty-five years, has been an informal mentor and a true friend. There are endless ways in which Hespanha's scholarship has informed, affected, and intersected with mine. This book is but one»⁽¹¹⁾.

The other day, overcome by nostalgia, I admired yet again the short video that António Manuel prepared in 2009 for the incoming class of first year students at the Law Faculty of the Universidade Nova. In that video (titled *Boas vindas aos alunos — Universidade de Lisboa*), which is available online in YouTube, António Manuel introduced students to his world. He explained to them that he had the reputation of being extremely accessible, easy to communicate with, even amusing, indeed, he was considered by some so friendly and so warm that they imagined him as a relative, perhaps even a grandfather. Others held that he was «a good person», but they all agreed that he had «extravagant ideas», and was far too knowledgeable. Responding to these images, António Manuel asserted that he agreed with some, but not all. He dismissed knowing too much. This, he said, was the result of being older and having always had a vivid interest in what transpired around him. While the acquisition of knowledge seemed natural to him (though it obviously was not), being characterized as having extravagant ideas greatly pleased him. It captured beautifully, so he told the students, his conviction that there was nothing more exciting, nothing more radical, than being confronted with new things and new ideas. The unhabitual, that which produced doubts, that contradicted our common sense, and that questioned our conventions, was indeed what made him tick. His aim, he confessed, was never to be original, nor scandalize or produce

⁽¹¹⁾ Tamar HERZOG, *A short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2018 (also available in Spanish and Mandarin translation), p. 279.

confusion. Instead he sought to habituate, demand, and cultivate critical thinking. The adventure he proposed to his students was not easy, he confessed. It required ample preparation, deep knowledge, and hard work. But the promise was also great. Instead of contentment with immobility, routine and boredom, he challenged his students to live actively and radically, engaging with the world creatively and virtuously. This, he argued, would greatly benefit them, but it would also profit society.

These words perhaps best described who António Manuel was and which is his legacy. Those who were graced with his presence, his intellect, and his friendship, me included, miss him a great deal but, as Rui Tavares wrote in a beautiful obituary, this is not a goodbye⁽¹²⁾. It is a farewell and until always.

(12) Rui TAVARES, *Não um adeus, mas um etcetera (para António Manuel Hespanha)*, in «O público», July 1, 2019, available online at <https://www.publico.pt/2019/07/01/culturaipilon/opinia/nao-adeus-etcetera-António-manuel-hespanha-1878387>.

MARTA LORENTE

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA EN CANTOBLANCO

1. Pocas semanas antes de que nos dejara, el área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Autónoma de Madrid había puesto en marcha el complejo procedimiento institucional destinado a nombrar a António M. Hespanha doctor *honoris causa* por nuestra Universidad⁽¹⁾. Conocedora de sus recientes problemas de salud, que sin embargo no habían limitado su frenética actividad, le pedí autorización para gestionar su nombramiento. Recibió la noticia, creo, con alegría y satisfacción, a pesar de lo cual no se privó de hacer la siguiente reflexión: «Debo estar mucho más enfermo de lo que soy consciente», me contestó entre risas, «ya que todos los amigos estáis apresurándoos para colmarme de distinciones nombrándome cientos y cientos de cosas». Éstas fueron las últimas palabras que llegué a cruzar con él⁽²⁾.

António M. Hespanha o, como solía firmar electrónicamente, AMH, acertó por desgracia en el diagnóstico sobre su estado de salud, pero se equivocó por completo vinculándolo con nuestra propuesta. Haciendo un ejercicio extremo de síntesis, reduciré a

(1) Formada en la actualidad por Clara Álvarez; Javier Barrientos; Laura Beck; Héctor Domínguez; Antonio Luque; Fernando Martínez; María Julia Solla y Marta Lorente. Con anterioridad, miembros del área fueron también Carlos Garriga (Universidad del País Vasco), Alejandro Agüero (Universidad de Córdoba, Argentina) y Pedro López (ICADE).

(2) Como resultado de esa conversación, AMH envió a la UAM un curriculum actualizado del que extraigo algunos de los datos que consigno en este escrito. Por motivos de espacio, he preferido no multiplicar las referencias a sus trabajos incluso cuando se alude a ellos en el texto.

dos sus causas: Primera y principal, el reconocimiento de su talla intelectual, que, al desbordar con creces su calidad como historiador del derecho, lo convertía en un excelente candidato a formar parte de nuestra comunidad universitaria⁽³⁾; y, segundo, pero no menos necesario en este caso, su estrecha relación con la Universidad Autónoma de Madrid, que, además de venir de muy lejos⁽⁴⁾, se había fortalecido en los últimos años en virtud de su cada vez más habitual presencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del campus de Cantoblanco⁽⁵⁾. Expresado con mayor claridad: si bien solo llego a imaginar el impacto de la obra de AMH entre un gran número de lectores repartidos por todo el mundo, puedo sin embargo dar fe de la profundidad de la huella que AMH dejó tras sí a su paso Cantoblanco, sobre todo entre aquéllos que, por ser *sucesivamente* más jóvenes, coincidieron con él

(3) El primer, y hasta ahora único, doctor *honoris causa* propuesto por el área de Historia del Derecho de la UAM fue Paolo Grossi, quien en su momento tuvo en la persona de Francisco Tomás y Valiente un entusiasmado padrino.

(4) AMH participó en el *symposium* inspirado por F. Tomás y Valiente y organizado por Clara Álvarez con motivo del doctorado *honoris causa* de Paolo Grossi en 1994. Antonio M. HESPANHA, *Nação e nações nos confins do Império. Os não europeus perante o direito colonial português no séc. XIX*, en *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, CEC, 1995, pp. 353-395.

(5) Hasta el punto de que nos hicimos la ilusión de considerarlo «uno de los nuestros», que es la expresión que utilizó Fernando Martínez, actual Vicedecano de Profesorado, al defender la propuesta del área en la Junta de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, cuyos miembros, unánimemente, la aprobaron (Acta de la Junta de Facultad, de 27 de junio de 2019). En efecto, a lo largo de las últimas dos décadas, fue profesor visitante en la UAM; miembro de tribunales de defensa de tesis doctorales; conferenciante en actividades organizadas por la UAM y otras instituciones como el Colegio de Registradores; profesor invitado en el Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho y profesor en su Master de Investigación Jurídica. También colaboró con la publicación gestionada por los jóvenes investigadores de la Facultad de Derecho de la UAM, con un artículo que a día de hoy sigue siendo uno de los más consultados de la revista: *El estatuto jurídico de la mujer en el derecho común clásico*, en «Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid», 2001, 4 (disponible en <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6261>). Obviamente, no incluiré aquí nada que tenga que ver con la también estrecha relación que AMH mantuvo con la Facultad de Filosofía y Letras de la UAM, en especial con su Departamento de Historia Moderna, cuyo unánime apoyo a la frustrada candidatura de AMH agradezco desde aquí una vez más.

por vez primera. Y es que tener la oportunidad de escuchar al autor de las *Visperas* en vivo y en directo constituía todo un espectáculo, en el cual nunca se transgredieron las fronteras de la más exquisita corrección académica, la cual, como no podía ser de otra manera, tenía mucho de esa amable, discreta y educada condición que resulta, o me resulta, tan inequívocamente portuguesa.

Desde la estructura y mecanismos del poder propios de las muy corporativas sociedades premodernas, hasta la historia de la milenaria cultura jurídica europea y de sus principales artífices, pasando por la crítica historiográfica y jurídica, el pasado y presente constitucional, el colonialismo portugués, o incluso el pensamiento jurídico chino, los aspectos de su obra que merecen algo más que un breve comentario son incontables. Hay sin embargo uno muy principal que no cabe en reflexión historiográfica alguna: me estoy refiriendo al personaje que fue AMH, cuya vida y obra tienen mucho de inseparables. Es justamente aquí cuando de forma automática me vienen a la cabeza unas frases pronunciadas por Michel Foucault en el curso de la que fue, sin él saberlo, la última entrevista que llegó a conceder:

Me llama la atención el hecho de que en nuestra sociedad el arte se haya convertido en algo que atañe a los objetos y no a la vida ni a los individuos. El arte es una especialidad que está reservada a los expertos, a los artistas. ¿Por qué un hombre cualquiera no puede hacer de su vida una obra de arte? ¿Por qué una determinada lámpara o una casa pueden ser obras de arte y no puede serlo mi vida? ⁽⁶⁾

A pesar de su conocida querencia por el filósofo francés, no estoy muy segura que AMH compartiera la anterior opinión refiriéndola a sí mismo, en todo caso, tengo para mí que si no llegó a ser una obra de arte, la vida de AMH fue algo bastante parecido.

⁽⁶⁾ Algunas semanas antes de su muerte (Junio de 1984) Michel Foucault ofreció una entrevista en Estados Unidos a dos estudiantes universitarios que sería la última concedida por el filósofo. La conversación se publicó en *Le Nouvel Observateur* a inicios de junio, y hacia finales del mismo mes en el diario español *El País*, de donde extraigo el fragmento transcrito (https://elpais.com/diario/1984/06/27/cultura/457135204_850215.html).

Todo ello me ha llevado a concebir el presente escrito como una suerte de modesto homenaje colectivo a AMH, para lo cual me he basado en testimonios ajenos, que, requeridos a bote pronto, creo que tienen tanto de improvisados cuanto de feraces y expresivos. Cada cual a su manera, mis generosos informantes no solo relatan lo que significó para ellos ver, oír, hablar, preguntar y discutir con AMH, sino que tratan de determinar cuál entre sus recuerdos y/o impresiones resulta más significativo o, si se quiere, más resistente frente al olvido. Planteadas así las cosas, finalmente, me apropiaré de sus para resumir el contenido de estas páginas, el cual, mal que bien, pretende ilustrar respecto de «*lo que António M. Hespanha hizo por nosotros*», aunque, con toda seguridad, fuera poco consciente de ello⁽⁷⁾.

2. Pocas cosas caracterizaron más a AMH que el equilibrio que siempre quiso y supo mantener entre su doble condición de docente e investigador, lo que en su caso nada tiene que ver con la atribución indiscriminada de una condición, la del equilibrio, que se ha convertido casi en una fórmula de estilo en ocasiones como la presente. Es más, no exagero afirmando que de poco hubiera servido esa titánica empresa de renovación historiográfica que, sin duda junto con otros⁽⁸⁾, AMH abanderó a lo largo de toda su vida⁽⁹⁾, de haberse visto privada de su difusión docente. No sobra recordar aquí que, dado que AMH fue profesor en muchas instituciones repartidas por todo el mundo⁽¹⁰⁾, deben con-

(7) A.M. HESPANHA, *O que Tomás y Valiente fez por nós*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 67 (1997), pp. 35-40 (ejemplar dedicado a la memoria de Francisco Tomás y Valiente).

(8) J. VALLEJO, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2014.

(9) Sobre esta inabarcable cuestión, me limitaré aquí a consignar un ilustrativo artículo de AMH inserto en una también ilustrativa publicación: A.M. HESPANHA, *Une nouvelle histoire du droit*, en *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'Incontro internazionale di Studi*, P. Grossi (ed.), Firenze, Giuffrè, 1986, pp. 315-340.

(10) La actividad docente de AMH fue sin duda extraordinaria. Fue profesor en Facultades de Derecho (Coimbra, Lisboa, Nova de Lisboa, Luís de Camões, Macau), Ciencias Sociales y Humanas (Nova de Lisboa), Instituto de Ciencias Sociales

tarse por miles los juristas, filósofos, historiadores, antropólogos, sociólogos, politólogos e, incluso, asistentes sociales⁽¹¹⁾, que pudieron presenciar unas clases que mucho me temo debieron ser memorables. O por lo menos esto es exactamente lo que afirma M^a Julia Solla; con sus propias palabras: «Desde que lo conocí [...] Hespanha me hizo ver que la historia podía ser comprometida, ingeniosa, chispeante y divertida. Pero no tanto por lo que había escrito sobre el tema cuanto porque él era comprometido, ingenioso, chispeante y divertido»⁽¹²⁾.

Además de divertir enseñando, AMH despertó, alimentó y ayudó a consolidar muchas y muy distintas vocaciones intelectuales, lo que si algo pone de relieve es lo irrelevante que resultan las adscripciones disciplinares con todo lo que arrastran consigo, como bien puso de relieve AMH a lo largo de toda su vida. Y es que pionero como fue en el combate contra la historiografía jurídica tradicional, que tanto en Portugal como en España estaba además teñida de fascismo, su continuo entrar y salir de las Facultades de Derecho le ayudó a oxigenar más si cabe su comprensión de lo que debía o podía llegar a ser la historiografía jurídica en relación con otros saberes. Algunas intervenciones suyas en este concreto campo de «lo disciplinar» acarrearán consecuencias inesperadas. «En mi caso, que llegué a la historia del derecho desde la teoría política, los textos y las enseñanzas de Hespanha, siempre atravesados por su interés por otras ciencias sociales, me hicieron sentir más cómodo y acogido en la disciplina», afirma Pedro López, quien sin embargo tuvo en la persona de AMH un jurado

(Lisboa) y Letras (Lisboa), así como profesor visitante en instituciones educativas europeas, americanas, africanas y asiáticas.

(11) AMH fue docente en el Instituto Superior de Servicio Social de Coimbra entre 1970 y 1973.

(12) No por casualidad, la trayectoria de AMH fue reconocida en forma de varios *doctorados honoris causa* (Universidad Federal de Paraná, Brasil; Universidad de Lucerna, Suiza); diversos nombramientos (Honorary Fellow de la American Society of Legal History; miembro del Consejo Científico del Instituto Chino-Portugués de Historia de la Ciencia de Beijing), o premios (Premio Nacional «Universidad de Coimbra»). Creo, no obstante, que Hespanha antepuso a todos ellos otra clase de reconocimiento, el de sus oyentes.

muy crítico de su escasamente tradicional tesis doctoral, toda vez que consideró que la investigación que estaba juzgando era «demasiado poco foucaultiana» para su gusto.

AMH también enseñaba a enseñar. Así lo entiende Carlos Garriga, quien me remite el siguiente texto:

Para mí, la relación entre Hespanha y la UAM pasa inevitablemente por aquellos ‘Seminarios de problemas actuales de historia del derecho’ que nos inventamos en el Plan de Estudios y que nos permitió impartir durante algunos años una ‘Historia de la Justicia’. Yo me hice cargo al menos dos cursos, 1999-2000 y 2000-2001, y si mal no recuerdo fue este segundo cuando invitamos a António como profesor visitante para impartir conjuntamente la asignatura: para la ocasión, planeamos entre ambos el programa [...] pero él dio la gran mayoría de las clases y corregimos a medias los trabajos de los estudiantes [...] Estuve por supuesto en todas sus clases, semana tras semana [...] interviniendo activamente en ellas: las clases de António eran de suyo participativas, a partir de textos seleccionados para cada sesión, pero con los desarrollos que la clase misma iba propiciando. Era un profesor extraordinario, primero que nada porque disfrutaba en las clases, que daba con un estilo propio e inimitable, mezcla de rigor y desenfado, tan sumamente generoso en el esfuerzo de explicar, como abierto y sin reservas a la hora de opinar sobre lo que fuera. Para mí el proceso todo fue toda una experiencia, que tengo por decisiva en mi formación. No sólo aprendí muchas cosas (esto es casi lo de menos), sino una manera de explicarlas, llana y al mismo tiempo densa, cargada de ejemplos (algunos de los cuales he hecho míos), de vivencias, de ocurrencias: el propio António comentaba que muchas se le ocurrían en las clases, en su afán por hacerse entender. Allí lucían su extraordinaria empatía con los estudiantes, que no era más que la versión docente de su empatía con el ‘mundo’; su perspicacia y agudeza para percibir las aristas menos visibles y seguramente más significativas de las cosas (problemas, fenómenos) que miraba [...] Está claro que António no separaba investigación y docencia, pero yo diría que tampoco ciencia y vida: sus clases eran una combinación inaudita y fascinante de sabiduría libresca y experiencia vital [...]. Lo que quiera que sea yo como profesor de historia del derecho debe mucho a aquel cuatrimestre de clases.

Oralidad y escritura formaron parte inescindible de la obra de AMH, a lo que hay que añadir que su don de lenguas facilitó no poco la comunicación con un amplio abanico de oyentes y lectores. Pero más allá de su acendrado cosmopolitismo, no sobra recordar aquí que AMH fue un ciudadano portugués que, a su particular manera⁽¹³⁾, militaba a favor de países pequeños que, como

(13) Sobre la ‘portuguesidad’ se extendió en una de sus últimas obras. A.M.

el suyo, «no se hacían presentes ni siquiera en los partes meteorológicos de la Península», solía afirmar. «No dejes nunca de citar bibliografía en portugués», me dice Laura Beck que le advirtió un día, temeroso de los riesgos que «espanholização do que é ibérico» afectase a la iushistoriadora brasileña, quien pudo acribillarle a preguntas sobre la «noción de ‘autor’ específica de los juristas modernos» en orden a pergeñar definitivamente sus investigaciones en el campo de la historia de libro. Pero AMH no se limitó a dar consejos y respuestas a luso parlantes en el curso de sus intermitentes visitas a Cantoblanco, sino que también puso en guardia a un joven investigador ante los peligros que entrañan la búsqueda constante del impacto y las modas historiográficas. «Hespanha me transmitió su preocupación por el hecho de que, en nuestro afán por dar con nuevos enfoques y etiquetas, a menudo creemos descubrir cosas ya descubiertas», me escribe hoy un ya maduro Héctor Domínguez, quien, como hiciera AMH en su día, ha llegado a la convicción de que la ardua tarea que supone traducir obras clásicas del pensamiento jurídico europeo forma parte de su actividad como investigador.

Directa o indirectamente, AMH cumplió con ese deber no escrito del universitario que consiste en asegurar el futuro de las instituciones educativas mediante la renovación de su factor humano. En efecto, basta repasar las «dissertações de mestrado» y «teses de doutoramento» de las que AMH fue «orientador o co-orientador», así como su actividad como miembro de jurados y orientador de programas de investigación post-doctorales, para afirmar que, con conocimiento y erudición, imaginación y buen juicio, aderezados con un ligero toque propio de los encantadores de serpientes, AMH no solo enseñó e investigó, sino que animó a enseñar e investigar a muchos en muchas partes del mundo. Ahora bien, si pudo hacerlo, y con esto volvemos al principio, fue por la extraordinaria calidad intelectual de su discurso; en palabras, de nuevo, de Carlos Garriga:

HESPANHA, *Filhos da Terra: Identidades Mestiças nos Confins da Expansão Portuguesa*, Lisboa, Tinta da China, 2019.

Si tuviera que subrayar tan sólo una cosa de Hespanha, a partir de aquellas clases, yo destacaría su extraordinaria capacidad para integrar discursos diferentes y prácticas comunes a la hora explicar la dimensión histórica de ese fenómeno tan cotidianamente presente como conceptualmente inaprehensible que es el derecho. Situándose en las antípodas de cualquier exclusivismo disciplinar y tomándose realmente en serio la alteridad cultural, Hespanha era un maestro en el arte de metabolizar saberes diferentes (antropología, sociología, teoría del derecho, etc.) con vivencias propias (anécdotas, narraciones, observaciones), para la construcción de un discurso histórico denso sobre la dimensión jurídico-política del mundo social.

3. De este testimonio se deduce otra característica de AMH, a saber: su extraordinaria capacidad para hacer fácil lo difícil, con todo lo que ello puede llegar a significar para el receptor del mensaje. Lo explica muy bien Alejandro Agüero, que desde la argentina ciudad de Córdoba me hace llegar el siguiente texto:

Recién iniciaba mi doctorado en la UAM cuando concurrí a un seminario [...] impartido por [...] un profesor portugués de quien tenía escasas referencias. Recuerdo que la lección inaugural comenzó con una breve lectura y posterior análisis de los primeros versículos del Génesis. Era un texto que conocía casi de memoria por mi formación escolar católica. Sin embargo, nunca había imaginado las consecuencias heurísticas que podían derivarse de una lectura ‘densa’ — como le gustaba decir a Hespanha evocando a Geertz — de aquel texto. Nadie, durante mi formación escolar, pero lo que es más llamativo aun, tampoco nadie durante mis estudios de grado en derecho, me había explicado algo que ahora, después de esa primera lección, me parecía tan evidente: el profundo sentido normativo subyacente en un relato pretendidamente descriptivo; su potencia performativa para toda una cultura estructurada en función de esas verdades normativas sagradas. Comprendí así, de una vez y para siempre, lo que significaba asumir la alteridad cultural como clave de interpretación de una fuente histórica. Fue una lección sencilla, amena y hasta divertida; pero, a la vez, sumamente esclarecedora y efectiva. Nunca la he olvidado.

Años más tarde, A. Agüero demostró lo mucho que había aprendido del «profesor portugués» en una entrevista a AMH, en mi opinión modélica en su género, en la que se descubren, también con mucha facilidad, las claves principales de la obra de AMH⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ A. AGÜERO, *La Historia del Derecho. Entrevista a António Manuel Hespanha*, en «Revista de Historia del Derecho», 56 (2018), p. 139 (disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=58IjWGdC7bw&feature=youtu.be>).

Pero hacer fácil lo difícil en el campo de la historia jurídica solo puede pasar por ser un consumado artista a la hora de manejar las fuentes, cuya cantidad y complejidad están presentes en la práctica totalidad de la obra de AMH, con todo lo que ello conlleva de originalidad historiográfica. Esto es exactamente lo que se desprende del siguiente testimonio de Javier Barrientos: «Cuando Antonio leía las fuentes, la propia vida suya reflejada en sus ojos, nos las mostraba con toda la riqueza de la diferencia, como tan rica y maravillosamente diferente era la propia vida suya. Después de oírle leer a Luis de Molina, su justicia y el derecho me han acompañado siempre con la mirada de Antonio». J. Barrientos tiene sin duda razón: AMH leía muy bien, lo que sin embargo no impidió que de vez en cuando se olvidara de lo que había leído en sus propios textos casi inmediatamente después de escribirlos. Sus pequeños, pero seguramente bien controlados, olvidos, crearon algún que otro problema entre sus más fervientes seguidores. Y es que hubo quien le reprochó, eso sí, amablemente, que después de interiorizar sus enseñanzas con bastante dificultad pero con mucho celo, el maestro cambiase de opinión haciendo trizas lo aprendido con tanto esfuerzo.

Es precisamente el magisterio del historiador portugués el que nos permite desconfiar de las interpretaciones de quienes resuelven las contradicciones de una experiencia constitucional mediante el recurso a la diferencia entre la teoría y la práctica. Y es precisamente ese magisterio el que nos habilita para enfrentar los dos discursos, las dos lecturas, al constitucionalista con el historiador para reducirlos a uno. Y, particularmente, me quedo con el segundo, me parece el más convincente por lo que logra decir en este libro y por lo que confío que dirá en las otras piezas del tríptico que están por ver la luz. El constitucionalista podrá replicar que mis preferencias obedecen a precomprensiones o apriorismos forjados en la lectura de unas *Visperas*. Podrá argüir que, a fuerza de intentar comprender el orden jurídico constitucional del Estado liberal conforme a los moldes y claves paradigmáticas diseñadas para el antiguo régimen, veo antiguos gigantes donde hay nuevos molinos. Probablemente tenga razón, pero, y permítaseme que rememore una anécdota querida para el propio maestro: el historiador, como el sastre chino al que se le proporciona un retal de seda listada, seguirá haciendo camisas, para estupor del occidental, con las listas en sentido horizontal⁽¹⁵⁾.

(15) F. MARTÍNEZ, *Los dos Hespánhas*, en «Historia Constitucional», 6 (2005) (disponible en <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/89>). Este artículo es recensión de A.M. HESPANHA, *Guiando a mão in-*

No sé si uno de los dos Hespanhas llegó a helar el corazón de Fernando Martínez, autor de las anteriores líneas, pero de lo que sí estoy segura es que el desconcertado discípulo se supo mantener bien firme frente a las veleidades atribuidas al maestro.

4. No puedo cerrar este escrito sin aludir a la dimensión política de la vida y obra de AMH, esto es, a lo que solemos denominar «compromiso» sin preocuparnos por determinar a qué se refiere en concreto el término. En todo caso, ya sabemos que AMH se comprometió a fondo con la institución universitaria, a lo que debe añadirse que su presencia y participación en numerosas empresas científicas y/o académicas hicieron de él un destacado protagonista en ese tan crucial como pocas veces visible campo de la política que es la promoción y gestión de la ciencia. Algo similar puede decirse de su forma de entender la vida política universitaria, que le llevó a ocupar numerosos puestos y cargos en todas y cada una de las instituciones de las que formó parte a lo largo de su vida profesional.

Pero dejando a un lado el terreno académico y/o científico, AMH hizo otro tipo de incursiones en el campo de la política. Comprometido a fondo con la revolución de los claveles, fue «Diretor-Geral do Ensino Superior» entre 1974 y 1975, miembro de varios grupos de trabajo en el ámbito del M.E.I.C. portugués desde 1976 a 1978, e «Inspetor-Geral do Ministério da Educação» entre 1976 y 1989. Como ya escribí en otro lugar, incluso después de que los últimos acordes del «Grândola, vila morena» se hubieran acallado, AMH ocupó importantes cargos de nombramiento político: así, fue Comisario General de la Comisión Nacional para las Conmemoraciones de los Descubrimientos Portugueses desde 1995 a 1999, cargo que le valió el nombramiento por el Presidente de la República como Gran Oficial de la Orden de

visível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português, Coimbra, Almedina, 2004. El título de F. Martínez, así como la expresión «helar el corazón» que he utilizado en el texto, provienen de un famoso poema de Antonio Machado, contenido en la sección «Poemas y Cantares» de su obra *Campos de Castilla* (1912) (disponible en: [https://es.wikisource.org/wiki/Proverbios_y_cantares_\(Campos_de_Castilla\)](https://es.wikisource.org/wiki/Proverbios_y_cantares_(Campos_de_Castilla))).

Santiago, y, finalmente, Presidente del Consejo Científico para las Ciencias Sociales y Humanidades (2009). Creo que este breve listado de actividades de AMH basta y sobra para situar políticamente la vertiente más activa, o quizás simplemente más visible, de su compromiso con la democracia, la cual, como todo el mundo sabe, llegó a Portugal tras un parto muy difícil.

Sin embargo, AMH, que solía contar muchas anécdotas, prefería la comedia a la tragedia a la hora de dar cuenta de las dificultades que tuvieron que arrostrar quienes se comprometieron con la Revolución de Abril. Recuerdo una muy especial que no me resisto a resumir aquí. Mientras paseábamos por Lisboa siendo yo profesora visitante en la Universidad Nova, me hizo reparar en un antiguo edificio que en su momento había sido un hospital psiquiátrico. Siempre según AMH, la revolución trajo aires de cambio también para estas instituciones, toda vez que, a la comprensión de las enfermedades mentales como algo artificialmente construido, le sumó la necesaria democratización del funcionamiento de todas las instituciones. El resultado que se impuso fue la autogestión del centro. A mi pregunta sobre cómo había resultado el experimento me contestó: «Fatal, ya que la asamblea, cuyo sector mayoritario era el formado por lo más granado de los antiguos pacientes, decidió que todos debían abandonar de inmediato la institución»; desde entonces, añadió a continuación, «ya no sé que pensar respecto de la *Histoire de la folie à l'âge classique*». He de confesar que nunca me llegué a creer del todo este relato.

Hasta aquí, la experiencia de AMH no difiere en absoluto respecto de la de tantos y tantos académicos que han hecho política, entendiendo esta última en el mejor y más noble de los sentidos posibles. Pero lo que realmente me interesa aquí es incidir en la variante historiográfica del compromiso político, habida cuenta que la postura de AMH respecto de esta cuestión sorprendió, y mucho, a un doctorando de la UAM, Antonio Luque, quien me escribe lo siguiente:

António Manuel Hespanha acostumbraba a compartir, como con motivo de su visita al primer curso del Master de Investigación Jurídica de la UAM en otoño de 2017 fue el caso, que sufría de una suerte de 'esquizofrenia' muy característica. Esta lo llevaba a no poder mezclar los modos y razones de su ejercicio como historiador con las causas que como ciudadano lo hacían mo-

vilizarse políticamente. Tal muestra de ironía y sencillez expositiva a la hora de verbalizar uno de los principales presupuestos metodológicos de la renovación disciplinar que protagonizó es de las que se quedan grabadas.

La esquizofrenia de la que da cuenta A. Luque no fue precisamente ocurrencia de un día sino convencimiento de años, como bien puede comprobarse en su entrevista con A. Agüero antes mencionada. Sin embargo, creo que AMH exageraba en el auto-diagnóstico psiquiátrico, toda vez que toda su obra desprende un aroma que se introduce una y otra vez en el campo de la política escrita con letras mayúsculas. Y es que, nos podríamos preguntar, ¿de qué otro modo podemos entender su interés por mostrarnos lo que de plural y diverso han tenido y tienen las sociedades humanas? El desarrollo de esta u otras similares cuestiones nos obligaría a ir demasiado lejos, por lo que aquí me limitaré a formular una simple advertencia, o si se quiere, un consejo a navegantes por la obra de AMH: en algún lugar de su discurso sobre la esquizofrenia se oculta una trampa, la cual, por lo demás, resulta ser muy propia de AMH, a quien le gustaba recordarme cuánto se esforzaba en que sus intervenciones le quedaran «redonditas», costara lo que costara.

Y es que fue precisamente AMH, en su versión «profesional del cultivo de la historia del derecho», quien, refiriéndose a la historiografía jurídica tradicional, afirmó que si bien todo un paradigma disciplinar había saltado por los aires hecho pedazos, su reposición mediante la construcción de uno nuevo constituía una labor más política que científica⁽¹⁶⁾. No conocía a AMH cuando leí por primera vez este artículo, y si algo recuerdo de aquel preciso momento es que el texto me impresionó por su firmeza y rotundidad, cualidades ambas que lo hacían especialmente atractivo para quienes, como yo, buscábamos referentes luminosos que nos ayudasen a los neófitos a transitar por la tortuosa y oscura senda del conocimiento. No obstante, en mi juvenil ignorancia, solo alcancé a barruntar que AMH debía referirse a algo muy importante que, por estar en la mente de todos los especialistas aunque por supu-

(16) HESPANHA, *Une nouvelle histoire du droit*, cit.

esto no en la mía, no resultaba necesario desarrollar. Muchos años más tarde, le pregunté por el verdadero significado de aquellas palabras — de las cuales, por cierto, me había apropiado en múltiples ocasiones para los fines más diversos — a lo que me contestó muy seriamente: «¿En verdad he dicho esto? Malo es que no me acuerde, pero mucho peor es que no consigo entenderlo en absoluto».

Lecture

FRANCESCO BENIGNO, *Terrore e terrorismo. Saggio storico sulla violenza politica*, Torino, Einaudi, 2018, 366 pp.

Peur, Frayeur, Terreur [...] ces trois expressions marquent par gradation les divers états de l'âme plus ou moins troublée par la crainte. L'appréhension vive de quelque danger cause la peur; si cette appréhension est plus frappante, elle produit la frayeur; si elle abat notre esprit, c'est la terreur. La peur est souvent un foible de la machine pour le soin de sa conservation, dans l'idée qu'il y a du péril. La frayeur est une épouvante plus grande & plus frappante. La terreur est une passion accablante de l'âme, causée par la présence, ou par l'idée très forte de l'effroi⁽¹⁾.

Questo frammento della voce enciclopedica del cavaliere de Jaucourt dedicata alla *Crainte* ci offre con immediatezza l'immagine vivida del terrore: una paura capace di abbattere « nostre esprit », « una passion accablante de l'âme ». Definizione 'neoclassica' che certo non aveva coscienza di preludere a ciò che avrebbe di lì a poco insanguinato la Francia. Proprio in tale contesto il denso volume di Francesco Benigno apre la sua partita. Grazie ad uno sguardo acuto che individua la struttura profonda del fenomeno, e che pone una forte attenzione alla dimensione giuridica, l'Autore, conscio del « carattere ambiguo e sfuggente del concetto » di terrore e di terrorismo, e della necessità di un approccio critico, ci offre, con un forte impatto narrativo, una visione storica di lungo periodo: un arco temporale bisecolare che ci permette di cogliere costanti e mutamenti di tale concetto. L'uso sapiente di fonti artistiche, letterarie e cinematografiche permette al volume di offrirci una angolazione meno consueta per la comprensione e la contestualizzazione di fenomeni apparentemente slegati e di difficile interconnessione, alla ricerca di « una tradizione culturale imperniata sull'uso politico del terrorismo » (p. XVII).

Francesco Benigno scardina la visione consegnataci dalla politica e dai media che identifica il terrorismo attuale con l'estremismo islamico, con una *Jihad* globale, scoprendone invece le origini celate, i nervi nascosti, le genealogie dei concetti. Tale originale visuale offre immediatamente alcune sorprese: le radici del fenomeno affondano

(1) L. JAUCOURT, voce *Crainte (Morale)*, in *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. 4, Paris, 1754, p. 428.

non a caso proprio nelle vicende del Terrore rivoluzionario, inteso da Robespierre come una giustizia «pronta, severa, inflessibile» (p. 13). Giustizia che è al centro di uno scontro senza quartiere tra chi detiene il potere e chi vuole sovvertirlo, in un agone connotato da ampie aree di opacità. Qui i ruoli dei diversi protagonisti si intrecciano inestricabilmente, al punto da mostrarsi perfino inclini a scambiarsi, fin dalle prime battute, la maschera che identifica l'altro, il nemico. Già durante il periodo rivoluzionario Benigno individua metodi polizieschi, agenti di polizia infiltrati o sotto copertura, agenti provocatori: il contraltare del terrorismo, il controterrorismo — «generazione di tecniche volte a contrastare il 'terrorismo' rivoluzionario» — inizia con le azioni di polizia che sventano la *Congiura degli Uguali* (pp. 25-26).

Metodi 'terroristici' sono presenti nella guerriglia spagnola anti-napoleonica (p. 31 e ss.), ove la palese disparità di forze viene compensata tramite azioni non propriamente consone all'etica militare, ma estremamente efficaci nel destabilizzare le sicurezze dei vertici dell'*Armée*: la crudezza della repressione francese è ben rappresentata in un celebre dipinto di Francisco Goya, che «esprime, meglio di tante parole, il dramma della scoperta dell'ambiguità della 'libertà' originata dalla Rivoluzione, e imposta dal 'tiranno d'Europa', Napoleone, sulla punta delle baionette» (p. 32) — soggetto non a caso replicato da Pablo Picasso, per la sua straordinaria carica evocativa, nel tragico *Massacro in Corea* (1951) —. Ma è durante le rivoluzioni 'liberali' ottocentesche — vissute nel nome del nazionalismo e della Costituzione — che viene a formarsi la figura romantica del «Rivoluzionario di professione» (p. 38). Giovani ardenti e coraggiosi che sfidano la morte a viso aperto, nella lotta contro il tiranno per la libertà del proprio popolo, consapevoli di cadere presto nelle maglie di una repressione spietata — in un contesto in cui la repressione del dissenso politico viene spesso attuata con l'uso di tribunali militari e procedure 'statarie' — vengono pian piano affiancati da più maturi strateghi che individuano metodi meno appassionati per destabilizzare i regimi restaurati, personaggi ben simboleggiati dalla parabola di Felice Orsini, autore dell'attentato a Napoleone III.

I decenni finali del secolo XIX conosceranno nuove tendenze evidenti soprattutto nella Russia zarista. Qui avviene un vero e proprio salto di qualità del concetto di 'terrorismo', con l'avvicinamento delle *élites* rivoluzionarie, composte da giovani idealisti, nichilisti, populistici, spesso appartenenti a ceti agiati, sconvolti dalle ingiustizie sociali della loro terra, al 'popolo': è il momento in cui emerge la categoria della 'Guerra popolare'. A questo riguardo diviene esemplare per Benigno la vicenda di Vera Zasulic, che attentò nel 1878 alla vita del governatore di San Pietroburgo, il famigerato Trepov: la ragazza si autodefinì una 'terrorista', venendo raffigurata, da una parte della pubblicistica

coeva, «addirittura come una copia aggiornata del famoso quadro di Eugène Delacroix *La Liberté en marche* (1830): ‘Una nemesi dei tempi nuovi, con il revolver in una mano, la bandiera rossa nell’altra, le sentenze enfatiche in bocca; terribile, altera, come la rivoluzione personificata’» (pp. 84-85). Il complesso rapporto tra le aspirazioni ad una società più giusta dei giovani russi e la realtà dell’azione terroristica viene, secondo Benigno, ben rappresentata ne *I Demoni* di Dostojevskij, che ci offrono una lucida testimonianza: «dopo aver influenzato la realtà, la letteratura tendeva ora a rifletterla: tra rappresentazioni normative e figure reali si era ormai innestata una circolarità di echi e risposdenze che costruivano la percezione comune del terrorista» (p. 84), fino alla manifestazione del «metodo russo», l’attentato alla vita di un sovrano, inaugurato con quello di cui fu vittima lo zar Alessandro II nel 1881. La lunga stagione degli attentati di matrice anarchica, argomento dei romanzi di Emile Zola e Joseph Conrad, produce la nascita di nuove strategie volte a combattere il terrorismo: la prassi poliziesca crea nuovamente agenti provocatori e infiltrati; è l’inizio di quel nefasto modello reazionario definito ‘stragismo’.

Il tentativo dei governi di fare fronte comune contro l’anarchismo ‘globale’, specie dopo l’assassinio dell’imperatrice Sissi nel 1898, ad opera di Luigi Lucheni, sfociò nella «Conferenza internazionale anti-anarchica, tenutasi a Roma nel novembre dello stesso anno. La riunione aveva l’obiettivo di escludere gli anarchici da quelle clausole di salvaguardia che in vari ordinamenti erano riservate ai reati politici [...] Durante il dibattito, alla ricerca di una definizione condivisa di anarchico, si tentò d’inquadrarlo come colui che mina le basi e propugna la distruzione violenta dell’ordinamento sociale in quanto tale, non quello di un singolo, specifico, regime. Venne così tentata la strada, assai difficile, di distinguere il delitto politico da un più generico ‘crimine sociale’» (pp. 107-108). La società liberale aveva ancora una memoria viva delle strategie repressive adoperate dai vecchi governanti, con un largo uso di tribunali militari e procedure straordinarie; veniva così esperito un tentativo di immaginare una tipologia di reato specifico in considerazione della spinta ideale degli autori rispetto ai criminali comuni. Ma in effetti la definizione corrente di anarchico si incarnava ancora nell’opinione pubblica italiana nella visione della «infima plebe ribellata [...] la quale con un colpo di pugnale mette in pratica le grandi teoriche insegnate cogli esempi e colle parole dai grandi politici e dai grandi professori», come venne duramente affermato nella notizia sul Congresso apparsa su *La Civiltà Cattolica*.

Entro pochi anni le cose muteranno drammaticamente. Le logiche del Terrore permeano molte delle vicende del primo conflitto mondiale, innescato, non a caso, proprio dall’attentato di Sarajevo,

pianificato con metodo terroristico: basti pensare agli eccidi di massa, come quelli di cui furono vittime gli Armeni, o alla storia della Rivoluzione russa, con il «Terrore rosso». Una guerra che non risparmia nessuno, combattuta non più solo da soldati sul fronte, che getta la sua lunga, sinistra ombra sul Novecento. Si fa così strada quella «cultura della morte» che ha caratterizzato, secondo Elias Canetti, il secolo della violenza. Uno dei capolavori di Pablo Picasso, *Guernica*, è testimone della nascita di questa Guerra totale: con l'attacco alla cittadina spagnola iniziano i bombardamenti contro civili, sfuma la distinzione tra questi e i militari, si fa avanti la percezione del nemico come entità unica da combattere nella sua totalità.

Dopo la tragedia del secondo conflitto mondiale assistiamo ad una ulteriore trasformazione dell'idea di terrorismo. Ciò diviene evidente nel tempo della decolonizzazione, soprattutto con l'evolversi delle strategie e delle tecniche controrivoluzionarie con cui i governi coloniali cercarono di opporsi alle rivoluzioni indipendentiste. Qui emerge prepotentemente il ruolo della *Scuola francese*, protagonista in Indocina e durante la battaglia di Algeri, con la teorizzazione della Guerra rivoluzionaria e della Guerra psicologica. *Il faut défendre la société*: il titolo apposto alla raccolta dei celebri corsi di lezioni al *Collège de France* di Michel Foucault può bene rappresentare il modello ideologico della reazione. La guerra di liberazione dell'Indocina dal dominio coloniale francese si rivelò davvero un laboratorio del controterrorismo: celebre l'affermazione del colonnello Charles Lacheroy, teorico della 'Guerra rivoluzionaria', nel 1952: «non si può fare una guerra rivoluzionaria con un esercito inquadrato in divisioni, non si può fare una guerra rivoluzionaria con un'amministrazione di tempo di pace, non si fa una guerra rivoluzionaria con il Codice Napoleone» (p. 176), a sottolineare la necessità, per l'ideologia repressiva, di inaugurare un tempo di sospensione dei diritti e delle garanzie dei cittadini, necessario per ricostituire l'assolutezza del potere. Non a caso tale contesto verrà evidenziato nelle due conferenze spagnole di Carl Schmitt, del 1962, rielaborate nella *Teoria del partigiano*. Schmitt sottolineava l'analogia tra i soldati francesi postcoloniali e gli ufficiali prussiani del 1808-1813, «impressionati dalla guerriglia spagnola»: «i partigiani spagnoli avevano posto fine al tempo delle guerre dei principi, strumento del gioco diplomatico internazionale, ristabilendo in un certo senso la serietà della guerra stessa». Una guerra 'irregolare' «rimossa dalla coscienza generale dei teologi, giuristi e filosofi europei» dopo l'epoca napoleonica, e ripresa con «la teoria militare leninista» del «conflitto totale contro un nemico assoluto». Una identità profondamente diversa da quella della guerra regolata dal diritto internazionale, dalle convenzioni, dalla riflessione dei giuristi, a partire dalla Seconda scolastica e Grozio fino a Schmitt, che trova uno dei suoi rappresentanti più significativi nel generale Raoul Salan, capo

dell'*Organisation armée secrète* (OAS), che giunge al paradosso di « combattere contro il proprio governo in nome di una legittimità superiore, quella della Nazione » (pp. 188-189).

La rivoluzione castrista a Cuba, insieme a quelle che infiammarono il Sud America, legate a personaggi entrati nel mito come Ernesto 'Che' Guevara, indussero gli Stati Uniti ad istituire, con il controllo della CIA, la famigerata SOA, la *Scuola delle Americhe*: qui vennero formati con tecniche di antiguerriglia gli ufficiali controrivoluzionari (p. 210). Un'altra istituzione della strategia controinsurrezionale è la famigerata ESMA, la *Scuola di meccanica dell'esercito argentino*, centro della repressione di Videla tra il 1976 e il 1981, dove paradossalmente uno dei più noti film che hanno svelato la durezza della repressione post-coloniale, la *Battaglia di Algeri* di Gillo Pontecorvo, viene utilizzato come fonte ed esempio per apprendere le tecniche anti-insurrezionali, le modalità di tortura, la sparizione dei prigionieri — i primi *desaparecidos* — già messe in campo dai soldati francesi. Un film-denuncia che diviene fonte di ispirazione per la repressione! (p. 209). È questo l'ambiente che favorì i Golpe militari, dall'America latina all'Europa, come il caso eclatante dei colonnelli in Grecia, svelato dalla coraggiosa pellicola di Costa Gavras, *Z — L'orgia del potere* (p. 210).

In Italia negli anni Settanta del Novecento inizierà la cupa storia degli anni di piombo, con la contestuale emersione della strategia della tensione, le stragi di Piazza Fontana e dell'*Italicus*, e la curiosa storia del Golpe Borghese, culminate con la lotta armata delle Brigate Rosse e la tragedia del rapimento Moro; fino all'enigmatico attentato a Giovanni Paolo II ad opera di Ali Agca nel 1981. Tali vicende si rivelano emblematiche: la reazione alla strategia eversiva delle Brigate Rosse ha generato una legislazione speciale antiterroristica, tra cui spicca la nota *Legge Reale*, i controlli e le perquisizioni di polizia, i metodi anche brutali di interrogatorio dei terroristi, l'uso delle tecniche di controterrorismo, la creazione di sezioni inquirenti specializzate, con il rischio della sospensione delle garanzie costituzionali.

Spesso il terrorismo viene utilizzato nella logica emergenziale per richiedere il varo di misure di pubblica sicurezza eccezionali, per comprimere le garanzie giudiziarie, per un controllo capillare della società: ancora un tempo sospeso, al di fuori di quello scandito dal diritto. Le reazioni governative dimenticano, o rimuovono, volutamente, i principi giuridici: Benigno, a proposito della occupazione occidentale dell'Iraq, evoca la revoca del divieto per la CIA di eliminare esponenti politici stranieri, del 1974; gli « attacchi di droni anche al di fuori delle zone di guerra e in violazione degli spazi aerei internazionali »; la « creazione di quella sorta di limbo extragiuridico costituito dalla struttura carceraria di Guantánamo, con il pratico annulla-

mento di ogni diritto alla difesa e l'abbandono di caposaldi della tradizione liberale e democratica come l'*habeas corpus*, l'impiego [...] della tortura e di altre misure offensive della dignità umana in carceri quali Abu Ghraib» (p. 286). Aggiungerei anche l'ombra dell'«omicidio di stato», che aleggia ancora sul suicidio dei componenti della *Rote Armee Fraktion*, più nota come banda Baader-Meinhof. La vicenda della prigionia irachena di Abu Ghraib segna un punto di non ritorno per la civiltà giuridica occidentale, che ha creduto ingenuamente di avere sepolto per sempre la tortura nella polvere delle sterminate soffitte della storia: la reazione agli attentati dell'undici settembre ha invece riportato alla luce la «convenienza» dell'uso di pratiche efferate sopravvissute nell'ombra alle rassicuranti conquiste del secolo dei lumi, e che sembravano ormai sconfitte per sempre dall'opera di Beccaria.

Un mutamento profondo del fenomeno terroristico viene individuato da Benigno nel crollo delle ideologie e nella crisi del modello socialista: il terrorismo, non più legato ad una strategia rivoluzionaria (o controrivoluzionaria), diviene «un'arma insidiosa della politica internazionale degli Stati, acquistabile, come ogni merce, in un proprio «mercato»», come testimoniato dalla strage della stazione di Bologna, o dagli attentati all'Oktoberfest e alla Sinagoga di Parigi (p. 254).

La fine degli anni Ottanta segna un'ulteriore trasformazione nella essenza del terrorismo, il cui baricentro si sposta in Medio Oriente, nella polveriera generata dagli scontri tra palestinesi ed israeliani. La palese disparità di forze induce i primi a ricorrere sempre più spesso ad attentati suicidi (mutuati dal modello dei *Kamikaze* nipponici) per combattere la politica espansionistica dei secondi; è la stagione della *Intifada*, guidata da *Hamas*. Ma certo l'opinione pubblica occidentale è stata molto più scossa dall'emersione di *Al-Qa'da* — erede dell'islamismo strumentalizzato dalla politica statunitense, volta a contrastare l'invasione sovietica dell'Afghanistan, con l'armamento dei *Mujaheddin* — e dagli inaspettati attacchi alle Torri gemelle e al Pentagono, che hanno rappresentato la principale cesura di questa storia. La reazione occidentale ha scatenato la «Guerra globale al terrore», con l'invasione vera e propria di territori musulmani. La strategia di parte avversa si è risolta nello spostamento del «fronte» di guerra all'interno dei paesi dell'alleanza, con gli attentati di Madrid (2004) e Londra (2005), che hanno sortito l'effetto di minare la tenuta della coalizione occidentale, provocando il ritiro della Spagna. La progressiva smobilitazione delle truppe dall'Iraq segna la nascita di un ordinamento nato proprio dal terrorismo islamico, l'*Isis*; mentre la «Rivoluzione dei colori» e le «Primavere arabe» inducevano ad una tenue speranza di stabilizzazione degli stati nordafricani.

Una storia complessa, da cui emerge una inaspettata continuità del «terrorismo» odierno» con le precedenti esperienze; una «persi-

stenza di lungo periodo della tradizione di lotta all'oppressione e di rivolta contro l'ingiustizia», concezione fortemente influenzata dall'anarchismo, che vede nel terrorista un patriota, un eroe, un martire, rovesciando lo specchio del potere che invece mira a relegarlo nella nebulosa dei delinquenti: «in breve, la qualifica di 'terrorista' è sempre stata assegnata a seconda delle circostanze e degli interessi in campo». Francesco Benigno legge il terrorismo odierno in continuità con le tradizioni risalenti e in contrasto con la attuale tendenza scientifica e pubblicistica incline a considerarlo un fenomeno del tutto nuovo, generato dalla convinzione comune della matrice islamica, legato alla strategia degli attacchi suicidi, che ha prodotto una inedita tipologia di guerrigliero, l'*islamikaze*. Grazie a questa visione originale l'Autore riesce ad enucleare gli elementi 'costanti' dell'azione terroristica, riconosciuti nella «natura corporativa, segreta e nascosta del gruppo che lo promuove»; nella sua imprevedibilità; nella «prevalenza degli effetti psicologici della sua azione su quelli fisici o militari». Un ruolo fondamentale viene inoltre giocato dalla diffusione mediatica del «gesto terroristico» sul palcoscenico globale, che ne moltiplica gli effetti devastanti (pp. 303-304).

Una ricerca coraggiosa quella di Francesco Benigno, non certo uso ad indagini rassicuranti. Solo il lento trascorrere dei tempi della Storia potrà permetterci di discernere gli eroi che hanno lottato per una giusta causa dagli efferati criminali che hanno inteso destabilizzare intere società diffondendo il terrore con azioni che hanno straziato civili inermi. «Duplice, obliquo e opaco, il terrorismo si rivela così il vero, inquietante, fantasma del nostro tempo».

GIACOMO PACE GRAVINA

Cinema e Diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia, a cura di Orlando Roselli, Torino, Giapichelli, 2020, 224 pp.

1. La necessità di ampliare la riflessione sulla dimensione giuridica contemporanea — in un tempo di crisi, di transizioni, di radicali trasformazioni — offre le *ragioni* e le parole-chiave del volume curato da Orlando Roselli che, *attraverso la cinematografia*, intende giungere a una rinnovata comprensione del diritto⁽¹⁾. Il curatore insiste con

(1) Il volume raccoglie gli atti di un convegno fiorentino del novembre del 2018. La necessità di una rinnovata riflessione sul diritto muovendo da un incontro con la letteratura e con 'le arti' è stata al centro di altri incontri sempre promossi da Ro-

forza su quest'aspetto: in una società profondamente mutata, plurale, multiculturale, lo sguardo del cinema alla realtà è indispensabile per «riflettere su che cosa sia il diritto oggi, su quali siano i suoi processi costitutivi», per ricondurre la dimensione giuridica alla sua naturale complessità, andando finalmente oltre un chiuso positivismo giuridico; in uno scenario di crisi dei vecchi modelli, il cinema affina la sensibilità del giurista, lo aiuta nella «comprensione della dimensione giuridica, che è parte del tentativo di comprendere la dimensione umana». Pur aprendosi all'esterno, il giurista resta tuttavia il costruttore del suo mondo, consapevole che ogni allargamento dell'osservazione implica una rinnovata ricognizione delle sue tecniche e «dei processi condizionanti le proprie interpretazioni»⁽²⁾.

Il giurista è dunque prima spettatore e poi attore protagonista. L'incontro tra Cinema e Diritto non vuole essere infatti un semplice arricchimento culturale ma strumento di comprensione delle «esigenze della società» e di trasformazione della dimensione giuridica. Non si tratta soltanto di superare rigide distinzioni disciplinari e di cogliere nel film, attraverso il film, la percezione sociale del diritto in una certa comunità ma, più ambiziosamente, di giungere a una salutare presa di coscienza: *attraverso il cinema*, attraverso la rappresentazione della realtà offerta dalla cinematografia, il giurista rimedita il proprio sapere disciplinare, comprende appieno il suo oggetto, muta i suoi strumenti di indagine, acquisisce nuova e piena consapevolezza del proprio ruolo.

Parola chiave è 'comprensione': la rinnovata comprensione della dimensione giuridica rinvia alla comprensione del cinema, a come il cinema prospetta la realtà in modo 'diverso', in modo tale cioè da indurre il giurista a una migliore comprensione di sé e del suo sapere disciplinare. La programmatica urgenza di cogliere la realtà che caratterizza i saggi pone una sorta di *continuum* fra le diverse forme di comprensione, come se tra uno sguardo e l'altro non ci fossero vuoti, specificità di approcci e di aspettative, precomprensioni e contaminazioni di ruoli tra interpreti e spettatori. Tale appiattimento dei vari livelli di comprensione (e dei livelli di verità proposti dalle rappresentazioni della realtà) rischia di trasformare il dialogo con 'l'altro' in monologo che in arrivo mostra quanto ipotizzato in partenza, passando *attraverso la cinematografia* senza cogliere, però, 'quel che il cinema pensa del diritto'⁽³⁾ e senza «accogliere la polarità fra reale e immagi-

selli nel 2017 (cfr. *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, a cura di Orlando Roselli, Napoli, Esi, 2018) e nel maggio 2019 su «Le arti e la dimensione giuridica».

⁽²⁾ ROSELLI, *Le ragioni del Convegno*, pp. 25-29.

⁽³⁾ Una via di fuga, suggerita da Tommaso GAZZOLO (*Il cinema e la creazione di*

nario propria del cinema, che attiene alla sua natura più intima, culturale e sociale»⁽⁴⁾.

2. L'approccio privilegiato dai saggi è l'analisi della rappresentazione del diritto *nel* cinema (*law-in-film*); la prospettiva decostruzionista che guarda invece al diritto *come* narrazione cinematografica (*law-as-film*) resta estranea ai contributi che, sia pure con scelte non sempre omogenee, privilegiano la rappresentazione della 'realtà' e della 'realtà del diritto' offerta dai film⁽⁵⁾. La narrazione dei giuristi del loro incontro con il cinema può, volendo, essere tuttavia osservata come se fosse narrazione cinematografica.

Due estremi del racconto sono offerti da un saggio tutto interno al mondo del cinema e da uno, all'opposto, tutto interno al mondo del diritto. Nel primo Ranieri Polese coglie con il suo sguardo di critico cinematografico le rappresentazioni del 'Paese reale' proposte da *Ossessione* (1943) di Visconti ai cinepanettoni, passando per il neorealismo, il neorealismo rosa, la commedia all'italiana. Ogni genere intercetta cambiamenti sociali, rappresenta la realtà, la sua realtà. Certo, nel neorealismo «il cinema è la realtà che parla», documenta, denuncia, milita. La commedia all'italiana, dopo i carri armati a Budapest, racconta invece «un Paese di mostri [...] accomunati da un'identica assenza di morale e di senso civico» (sul giudizio pesa il riferimento al troppo fortunato studio di Edward C. Banfield sul familismo amorale); poi, sino agli anni novanta, le commedie esasperano il dato realistico con «un cinema che appare superficiale solo perché descrive una società divenuta superficiale»⁽⁶⁾. Liddiana Degressi si confronta invece con la regolamentazione giuridica dell'industria cinematografica⁽⁷⁾, disinteressandosi (opportunitamente, visto il taglio prescelto; incongruamente visto l'obiettivo del libro) del dialogo con il linguaggio cinematografico e del confronto con gli indirizzi di *Law and Film*.

Guarda al cinema per comprendere le società multiculturali e, al tempo stesso, gli «istituti giuridici» Ginevra Cerrina Feroni: l'incontro tra il diritto e il cinema (e il film, «superficie riflettente la perce-

concetti giuridici, in «Politica del diritto», XLIX (2018), 4, pp. 599-634), potrebbe essere quella di studiare il cinema come pratica di trasformazione della «natura» stessa del diritto, come *diritto del cinema*, da intendersi cioè come modo in cui il cinema pensa il diritto.

(4) Ermanno TAVIANI, *Il cinema e la propaganda fascista*, in «Studi storici», gennaio-marzo 2014, 1, pp. 241-256.

(5) Cfr. Pietro COSTA, *Uno sguardo d'insieme*, pp. 33-38.

(6) Ranieri POLESE, *La forza evocativa della cinematografia*, p. 39 e ss.

(7) Liddiana DEGRESSI, *L'industria cinematografica tra libertà e autorità*, p. 169 e

zione sociale diffusa del diritto») non è mera sommatoria di sguardi, ma nuovo sguardo, teoria capace di trasformare le materie coinvolte⁽⁸⁾. Le rappresentazioni cinematografiche di inclusioni ed esclusioni nelle società multiculturali (dalla visione «conciliante-armonizzante-emancipante» della commedia d'integrazione⁽⁹⁾ alla prospettiva 'neorealista' del modello assimilazionista francese) spingono lo spettatore al «*riconoscimento* di un terreno comune, universale» che, relativizzando i pregiudizi, si pone come mezzo di integrazione e afferma, con «metodo universalista», valori per la protezione dei più deboli dentro il gruppo e anche contro di esso (pp. 63-65). Il giurista trova così *nel* cinema una realtà vera e attraverso il cinema fa ritorno alla verità che il suo discorso esige: «Abbiamo bisogno di verità. Il multiculturalismo che doveva rappresentare le sorti magnifiche e progressive di una società pacificata è fallito. Ed il cinema può avere questa funzione. Quella di dire come stanno le cose, senza ipocrisia. [...] Dire la verità, perché no, anche con ironia» (p. 68).

3. La peculiarità dello sguardo del giurista pare imporsi anche quando, programmaticamente, si cerca di cogliere nel cinema non solo e non tanto la rappresentazione del diritto e dei diritti ma 'la verità' propria del narratore. L'oggetto di indagine (tutto già compreso nel discorso dell'altro anche quando è muto) si precisa e vive in relazione alle conoscenze e alle aspettative del giurista-spettatore in grado di districare dal tutto la visione che lo interessa: «Il cinema si occupa di diritti umani anche quando non se ne occupa affatto, introducendo lo spettatore in una accresciuta realtà umana, innovativa per l'esperienza che produce»⁽¹⁰⁾. Un gioco di specchi che, nel caso di temi più specifici, ripropone *attraverso il cinema* il discorso giuridico entro una realtà aumentata da suggestioni cinematografiche: «il tormento» di madri naturali, «l'ossessivo bisogno di genitorialità» è 'vita reale' che diviene realtà del discorso indirizzato al legislatore per «porre rimedio alle asimmetrie giurisprudenziali tuttora presenti»⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ Ginevra CERRINA FERONI, *Cinema e diritto. Spunti per una lettura delle società multiculturali attraverso la cinematografia*, p. 49 e ss.

⁽⁹⁾ Si va, ad esempio, da *Almanya. La mia famiglia va in Germania* (2011) a *Sognando Beckham* (2002); da *Il mio grosso matrimonio greco* (2002) a *Non sposate le mie figlie!* (2014). Il volume contiene nelle pagine finali una breve scheda sui tanti film citati.

⁽¹⁰⁾ Felice CASUCCI, *Il cinema e i diritti umani*, p. 69 e ss., p. 88.

⁽¹¹⁾ Lorenzo CHIEFFI, *La gestazione per altri nella settima arte: spunti di riflessione sul bilanciamento tra aspettative di genitorialità e benessere del nascituro*, p. 101 e ss.

Pienamente inserito nel filone *law-in film*, il saggio di Gabrio Forti utilizza il cinema come fonte storiografica per mettere a fuoco la visione del diritto a partire dal film *Vincitori e Vinti* (1961) dedicato a uno dei 'processi secondari' di Norimberga⁽¹²⁾. Qui obbiettivo del dialogo è la comprensione congiunta di una certa realtà: Forti attraverso il film rilegge la 'Legge a tutela del sangue e dell'onore tedeschi'⁽¹³⁾, unisce l'immagine di Ernst Janning (Burt Lancaster nel film) alla figura storica di Franz Schlegelberger, riflette — con Hannah Arendt e con Bauman di *Modernità e Olocausto* — sulla banalità del male, sulle dinamiche che rendono possibile l'accettazione di comportamenti immorali e finanche disumani da parte di individui banalmente 'normali' («la novità più terribile rivelata dall'Olocausto»). *Vincitori e Vinti* è un film che si affida molto alle parole, alla forza del dialogo. Le parole dell'imputato Jennings/Lancaster, quelle del giudice Haywood/Spencer Tracy sono «monito e messa in guardia nei confronti della violenza organizzativa» (Janning — «io non pensavo che si giungesse a tanto, lei deve credermi!»; Haywood — «Doveva capirlo la prima volta che condannò un uomo sapendolo innocente»); è la forza evocativa della rappresentazione, sono gli sguardi di Lancaster e Tracy, a rendere però più efficace il monito e 'più vero' il fatto.

Quanto più questa realtà, questa peculiare rappresentazione della realtà proposta dal film, viene presa sul serio dal giurista, tanto più il dialogo con la cinematografia riesce a 'dire la verità' e a divenire nuovo sguardo sulla dimensione giuridica.

GIOVANNI CAZZETTA

(12) Gabrio FORTI, *Il processo di Norimberga (a partire dal film Vincitori e vinti)*, p. 131 e ss.

(13) La 'Legge a tutela del sangue e dell'onore tedeschi' (con i relativi regolamenti di attuazione) (1935) vietava i «rapporti extraconiugali tra ebrei e cittadini di sangue tedesco o affine»: soggetto attivo del reato era soltanto l'uomo. Non considerando la donna come concorrente (tale delimitazione sarebbe derivata da una istruzione dello stesso Hitler) era possibile consentire l'assunzione di una sua testimonianza a carico (che sarebbe stata esclusa qualora la donna fosse stata coimputata). Particolarmente ampio era il potere discrezionale affidato al giudice nella determinazione della pena (da un giorno di reclusione a un massimo di 15 anni di casa di correzione) ma, ed è il caso del film, si poteva giungere alla pena di morte unendo alle disposizioni sulla 'contaminazione della razza' la 'normativa contro i nemici del popolo' (FORTI, pp. 133-137).

PAOLO GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, Quodlibet, 2019, 110 pp. (*).

Raramente un libro riesce ad offrire insieme una testimonianza di sé e del suo autore in un modo così schietto e colloquiale, come questo prezioso volumetto fa, nella sua sobria ed elegante veste editoriale di una raffinata collana scientifica. Ci si sarebbe potuto aspettare un saggio di sintesi, di alto profilo, a compendio di un'esperienza scientifica tra le più significative in questo campo e nell'ambito della storiografia giuridica del nostro tempo, e invece il libro offre molto di più, con il suo duplice ed attraente carattere di lezione (un'autentica lezione di metodo e d'impegno) e di sincerissima confessione rivolta al lettore giurista così come al lettore che giurista non è. All'uno e all'altro Paolo Grossi offre parole di assoluto nitore scientifico e letterario, sia che si tratti di chiarire la nozione di «uso civico» (p. 15), sia che sorga l'obbligo di spiegare quale differenza passi tra l'interprete, «mediatore tra legge vecchia e fatti sociali nuovi», e un passivo esegeta di volontà altrui (pp. 25-26), o di illustrare la natura *inventiva* della scienza giuridica come lettura del sostrato valoriale della società, o di ricordare come abbiano operato e operino le Preleggi (p. 26), o di chiarire la fondamentale distinzione tra domini collettivi e «beni comuni» (p. 97) o di tratteggiare le grandi personalità di maestri come Santi Romano (p. 28), Francesco Calasso (p. 31), Luigi Mengoni (p. 78), fino all'opportuna nota relativa a Cattaneo e al titolo del celebre saggio (p. 46) dal quale Grossi stesso prese le mosse col libro del 1977.

Di quel libro, *Un altro modo di possedere*, è illustrata la genesi, in prima persona, con una narrazione spoglia di qualsiasi orpello, condotta con una schiettezza e una confidenza che ricorda un'altra conversazione di Grossi (cfr. M. MECCARELLI, S. SOLIMANO, *A colloquio con Paolo Grossi*, in «Forum historiae juris», marzo 2007). In alcune bellissime pagine — pagine autobiografiche senza autobiografismo — Grossi riconsidera il proprio itinerario culturale e scientifico fin dal momento del suo «noviziato giuridico» (e non sembra abusata questa espressione, perché c'è qualcosa di intimamente e profondamente religioso in questa lezione / confessione), mostrando una varietà di percorsi, alcuni iniziati e presto interrotti, altri proseguiti più a lungo e con apporti non insignificanti, fino al conseguimento di risultati che

(*) Pubblico qui, in forma leggermente riveduta, il testo della presentazione svolta a Trento il 22 novembre 2019, in occasione della XXV Riunione scientifica del Centro Studi e Documentazione sui Demani civici e le Proprietà collettive dell'Università degli Studi di Trento.

hanno aperto nuove prospettive non solo nella materia degli assetti fondiari collettivi, ma in una nuova coscienza del giuridico. Dalla collaborazione, iniziata nel 1955, con Giangastone Bolla e dalla consuetudine con i suoi lavori non emergevano, scrive Grossi, «semplici curiosità storico-giuridiche», ma «una grande e generale soluzione al problema dei rapporti fra soggetto umano e *rerum natura*, una scelta di fondo dal carattere essenzialmente antropologico» (p. 45). La pagina è bella e deve essere citata per intero (p. 63):

Raccogliamo i semi che abbiamo gettato. La modernità borghese: un monismo proprietario invasivo e l'ostilità verso il 'collettivo'; i salvataggi culturali per il mio noviziato giuridico; in particolare, il salvataggio 'agraristico'; la familiarità con Bolla e l'approccio diretto alla realtà degli assetti fondiari collettivi; l'incontro ideale con il pluralismo culturale di Carlo Cattaneo e con la disputa tardo-ottocentesca sulla proprietà collettiva quale dimensione dell'uomo originario.

Ci sono tutte le premesse per cogliere puntualmente la genesi delle ricerche, che mi portarono ad essere io stesso alla riscoperta di 'un altro modo di possedere' e mi indussero a redigere un libro che, al di là delle minuziose indagini storico-giuridiche, voleva fungere da stimolo a riflessioni ulteriori, a problemi coinvolgenti — con il passato — anche il presente e il futuro. Mi facevo, finalmente, portatore di quella coscienza critica del giurista di diritto positivo, che io ho sempre sostenuto essere una funzione primaria dello storico del diritto.

Nell'orizzonte culturale e scientifico che spesso Grossi ha descritto come quello di un lento riacquisto della complessità del pensiero giuridico del Novecento, si svolgono le tappe di un «itinerario concreto di ricerca»: il volume *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* (1963), studio di un contratto tipicamente medievale «in cui la dimensione personale e quella reale venivano a congiungersi, con il risultato romanisticamente aberrante di una locazione che, in grazia del suo distendersi in una lunga durata, arrivava a generare nel conduttore una situazione reale, addirittura un *dominium utile*» (p. 64); quindi la relazione del 1965 sui contratti agrari del Medioevo, tenuta a Spoleto «su invito espresso di Francesco Calasso»; la prolusione al corso di Diritto comune tenuta a Firenze nel 1967 e dedicata a *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*; la monografia del 1968 su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, nella quale era affrontato il problema del *dominium* e degli *iura in re aliena* nel tentativo di cogliere «le grandi e decisive scelte dei medievali, scelte di carattere innanzi tutto antropologico» (p. 64); le indagini sulla proprietà *moderna*, che «si presentava *toto coelo* diversa dalle diagnosi e soluzioni medievali», e diversa «proprio per le fondazioni antropologiche di sostegno che erano, più che diverse, di

segno opposto» (pp. 65-66). Nel 1972, nel primo volume dei «Quaderni fiorentini», apparve infatti uno dei saggi meritamente più noti della produzione storiografica di Grossi, “*Usus facti*”. *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova*, intorno alla genesi di una nozione radicalmente nuova di proprietà nelle dispute francescane sulla povertà volontaria. Il tema del *dominium*, «reso complesso dall’incontro-scontro ad esso sotteso tra mondo dei soggetti e mondo delle cose», si ravvivava così «in forza delle opposte soluzioni dei ‘medievali’ e dei ‘moderni’» (p. 66).

Nacque in questo quadro una organica indagine sulla sistemazione post-unitaria della proprietà, intesa a scandagliare, come scrive Grossi, «gli angoli più riposti della scienza giuridica italiana nella seconda metà dell’Ottocento» (pp. 67-68). Da quelle e da successive indagini si generò il libro che nel 1977 apparve nella collana dei «Quaderni fiorentini», dedicato a Giangastone Bolla, col suo titolo cattaneano e con il chiaro sotto-titolo *L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica unitaria*, ad indicare «l’intento di disegnare una visione ampia e onnicomprensiva di un dibattito avvenuto a più livelli», perché europeo «ma con specifici percorsi italiani», perché dottrinale ma incisivo anche a livello legislativo, perché coinvolgente «teorici e pratici, filosofi e giuristi, economisti come agronomi» (p. 69). E se quel dibattito si chiude presto, rintuzzato in un passato da dimenticare «e che nemmeno la rivoluzione culturale rappresentata dalla nostra Costituzione repubblicana riesce pienamente a riattivare» (p. 69), il volume del 1977 non solo ha ampio successo, ma raggiunge lo scopo culturalmente vitale di «attizzare il fuoco che covava sotto la cenere, latente ma non spento» (p. 71). Scrive Grossi (p. 70):

Il volume in quel 1977 — quando continuava a imperversare la Legge del 1927, quando continuava a imperversare l’ostilità di tutta l’ufficialità politica (ivi comprese le Regioni, rapacissime verso i cospicui patrimoni fondiari collettivi), quando continuavano a imperversare parecchie incomprensioni di parecchi Commissarii — ebbe almeno un risultato obbiettivo: servì a dissepellire il problema degli assetti fondiari collettivi dal cantuccio più polveroso della soffitta dei giuristi e a riproporlo come esigenza di un recupero pluralistico in un’Italia repubblicana sempre più permeata dal pluralismo della Costituzione.

Quel 1977 fu davvero una terra di confine. Gli anni successivi hanno mostrato l’avvento di una vita nuova, sia dal punto di vista legislativo sia dal punto di vista della fioritura degli studi e delle iniziative convegnistiche, a partire dall’incontro di Macerata su *Comunanze agrarie e terre comuni* (1970), fino al «vero e proprio risveglio» degli anni ’80, segnato dal Decreto-legge n. 312 del 27 giugno 1985 avente ad oggetto «Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di partico-

lare interesse ambientale», fra le quali erano puntualmente indicate e sottoposte a vincolo paesaggistico le «aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici» (come anche una ventina d'anni più tardi ripete il Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, cioè il cosiddetto Codice dei beni culturali e del paesaggio. Piace ricordare qui che Grossi, in questo contesto, segnala, tra i tentativi riusciti «di creare delle specifiche strutture di appoggio, in modo da dare stabilità al risveglio di idee e di proposte culturali», la prima struttura fondata a Trento nel 1993 da Pietro Nervi, cioè il Centro Studi e Documentazione sui Demani civici e le Proprietà collettive, dove da allora ogni autunno «si adunano uomini di scienza, giudici, avvocati e semplici 'comunisti' operanti nei più diversi assetti fondiari collettivi di ogni parte d'Italia» (p. 74). Questo «risveglio duplice», tanto del legislatore fattosi vigile e attento ai segni dei tempi, quanto di una scienza giuridica «che può serenamente darsi a un'opera *inventiva*, giacché non ha più da contrastare prodotti normativi inadeguati» (pp. 77-78), è seguito dall'Autore con speciale attenzione all'opera determinante della Corte Costituzionale, dalla sentenza 46 del 1995 (la Sentenza Mengoni), confermata nel 1997 e nel 2006, precisata nel 2014 con la sentenza n. 210 ed altre ancora negli anni immediatamente successivi, a sottolineare la natura della proprietà collettiva come «insostituibile strumento di tutela ambientale per la presenza operosa e continua di una collettività alla cura del bene/terra, quasi uomini al servizio di esso e non già al contrario» (p. 80). Ed è naturale che il libro si chiuda con un forte richiamo al «testo confortante» della Legge 20 novembre 2017, n. 168 (Norme in materia di domini collettivi). Scrive Grossi (pp. 93-94):

Emergono a nostro conforto due affermazioni di straordinario rilievo. La Legge non è frutto di un arbitrio del legislatore, bensì un provvedimento che attua dopo settanta anni soluzioni implicitamente previste nel sistema della 'carta'. La legge intende semplicemente essere un atto di *riconoscimento*, ed è singolare che l'attuale legislatore statale torni a usare un vocabolo riconoscere, che fu dei nostri Costituenti ed efficacemente espressivo del loro lavoro inventivo: non vollero, allora, creare alcunché, ma leggere nel sostrato valoriale della nuova realtà democratica italiana, facendo prevalentemente un'opera di conoscenza.

L'oggetto di questo riconoscere, che diventa il sostanzioso contenuto della Legge, consiste proprio nel pluralismo giuridico, di cui è intessuta la Costituzione del 1948, un contenuto che, grazie alla sapienza giuridica di chi ha pensato e progettato la Legge, si è tradotto nella appropriatissima concezione e qualificazione dei 'domini collettivi' come 'ordinamento giuridico primario delle comunità originarie' 'dotato di capacità di autonormazione... dotato di capacità di gestione del patrimonio naturale, economico e culturale, che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come proprietà inter-generazionale'.

Se si volesse enucleare il significato del libro in esame e renderlo con una sola espressione, si dovrebbe dire che esso sta tutto nella crisi attuale (nella «ridondanza attuale», per dirla con Grossi) del moderno individualismo possessivo, a confronto con gli sviluppi della dottrina sulla proprietà durante il Novecento in tal senso post-moderno, per il rilievo nuovo delle cose nelle riflessioni novatrici dei Finzi, dei Vassalli, dei Pugliatti. Di questa conquista fondamentale per il diritto e per la società del nostro tempo, di questo «approdo salvifico» è meglio che a questo punto parli non il recensore ma il libro (pp. 84-85):

Un 'pianeta' diverso ci si disvela appena che si introduca lo sguardo nel mondo degli assetti fondiarii collettivi, tutti di origine pre-moderna e tutti viventi una loro vita appartata lungo canali che hanno corso paralleli senza incontri con la civiltà giuridica borghese, magari — al contrario — con parecchi scontri a causa della intollerante dominanza culturale di stampo romanistico divenuta ormai programma ufficiale dello Stato. Qui non c'è la pur minima eco della visione potestativa dell'appartenenza della proprietà come potere dell'individuo sulla cosa; anche perché qui non c'è l'individuo pensato come realtà insulare, c'è piuttosto un singolo operatore che, però, non è pensabile fuori della nicchia della comunità, che non riesce ad agire fuori di essa e che è assomigliabile alla tessera di un vasto mosaico. Ciò che ha risalto, che conta, che si pone protagonista è la comunità, ma anche questa, nella visione originaria ed originale, percepita non come struttura rigorosamente definita, ma come una ininterrotta catena generazionale, che noi abbiamo recentemente sacrificato nell'involucro della 'persona giuridica', sia per imposizione dello Stato, sia per le esigenze della circolazione giuridica, ma alla quale — nella sua essenza profonda — ripugnava un siffatto irrigidimento.

Prescindendo da queste pur rilevanti notazioni, quel che preme di affermare è la diversa antropologia che sorregge ogni tipo di assetto collettivo rispetto a una antropologia smaccatamente individualistica. Vi si esprime una antropologia decisamente anti-individualistica. Due primati si stagliano: la comunità, di cui abbiamo or ora parlato; la cosa, ossia la cosa-madre, la terra, che non è l'oggetto neutro valorizzato unicamente dal potere del soggetto proprietario che su di essa si proietta, bensì la cosa assurgente a valore autonomo in quanto *res frugifera*, degna di attenzione e di cure perché, grazie alla sua fertilità, garantisce la sopravvivenza della comunità.

Non v'è dubbio che all'*antropo-centrismo* borghese si contrappone un marcato *rei-centrismo*. Negli assetti fondiarii collettivi la cosa (*res*) non è relegabile tra i fenomeni bruti, ma è realtà vivente e vitale, ossia munita di una vita propria e fonte di vita per le formiche umane che la coltivano. Il nesso da sottolineare non è con i poteri della comunità (che sono limitati e condizionati) o del singolo comunista (che, in quanto singolo, non sono ipotizzabili), ma con la sussistenza stessa di una collettività impegnata a valorizzare la terra nella sua fertilità, a non violentarla od alterarla, sì da trasmetterla con tutta la sua intatta carica vitale alle generazioni future.

Dicevo all'inizio che il libro offre molto di più, con il suo duplice ed attraente carattere di lezione (un'autentica lezione di metodo e d'impegno) e di sincerissima confessione rivolta al lettore giurista così come al lettore che giurista non è, rispetto a quello che avrebbe potuto essere solo un saggio di sintesi sia pure di altissimo profilo. Mi sia perciò permesso, in conclusione di questa lettura, di dire che nello scorrere avanti e indietro queste pagine di grande prosa scientifica il pensiero è andato più volte a una pagina profetica di Salvatore Satta (quella della Presentazione della settima edizione del *Manuale di diritto processuale*, del 1967), là dove il mio grande conterraneo afferma che c'è una dimensione *critica* del diritto, in cui il diritto diventa «politica, filosofia, religione, più semplicemente pensiero, l'unica forma concreta di conoscenza che l'uomo possa attingere, pari alla poesia, se pur non è poesia esso stesso». E aggiunge, con un pensiero che a nessuno si attaglia oggi più e meglio che a Paolo Grossi e alla sua opera di giurista-storico: «Non è un caso che i soli veri grandi prosatori italiani siano stati in questi ultimi anni i giuristi» (S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Prefazione di F. Mazzarella, Nuoro, Ilisso, 2004, pp. 151-152).

DIEGO QUAGLIONI

Ideology and Criminal Law. Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes, Stephen Skinner (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2019, xiv-386 pp.

Times are troubling. Around the globe authoritarian and populist forces are on the rise. Democratic values, human rights and the rule of law are under pressure. Assumed certainties are challenged, also in the area of criminal law. It is the right time, we believe, to have a closer, historically informed and inspired look at the integration of two subjects which, if taken together, let the alarm bells of jurists ring: *Ideology and Criminal Law*. Although (or rather: precisely because) the book, which results from a workshop titled «Anti-Democratic Ideology and Criminal Law», chooses an historical approach, it can teach us lessons how to deal with current challenges by revealing the dynamics between ideology and criminal law. In the words of the editor: «The sort of historical reflection undertaken here can support understanding of how anti- or non-democratic ideology might influence uses of law today and, more fundamentally, the deeper nature and potentialities — both positive and negative — of law itself in either furthering or protecting against such agendas» (*Skinner*, p. 4).

The basic approach of this book consists in approaching the legal system of an authoritarian state through the spectacles of the regime under consideration. The contributors were asked to, «by seeking to understand the criminal law of Fascist, National Socialist and other sorts of fascist and authoritarian systems», examine «them on their own terms and in their historical and legal specificity». That means he or she had to try «to perceive the world, including law, from the perspective of brutal and repressive regimes that destroyed fundamental aspects of humanity and still represent the antithesis of liberal democratic values» (all quotes from *Skinner*, p. 4). This starting point is to be welcomed, since it removes some obstacles for understanding how authoritarian regimes and movements in general instrumentalise the law to consolidate their power resulting from the application of a (western) enlightened democratic and liberal standard. This perspective, for example, prevents the premature conclusion that German Nazi law has to be considered as non-law because of its unbearable inequity and inhumaneness.

The book is divided into three parts: «Beliefs, Foundations and Identities» (Part I), «Courts, Lawyers and Repression» (Part II) and «Development, Expression and Tensions» (Part III). It comprises — introduction and conclusion included — eighteen chapters. Taken together, nine different, not only authoritarian, systems, such as National Socialist Germany, Fascist Italy and Franco Spain, are studied, partly comparatively.

Lacchè opens the substantive part of the volume with a paper titled «'Also and Above All a Regime of Justice'. Criminal Law and the Aesthetics of Justice Under the Italian Fascist Regime: The Role of Architecture and the Visual Arts». He focuses on the question how the concept of justice was shaped by Fascist ideology and doctrine and highlights that justice was not only called upon to repress but also to institutionalise the new regime thereby giving orientation for the architecture of the «new state» as well as a tool to forge the «new man» (*Lacchè*, p. 10, 22). *Mussolini* himself stylised the regime not only as a «regime of force» but also as a «regime of justice» (*Lacchè*, p. 19). *Lacchè* emphasizes that the Fascist regime used architecture and fine arts to bolster this narrative thereby integrating this «monumental justice» in the overall strategy of «politicisation of justice» (*Lacchè*, p. 22 ff., 32).

In his paper «Criminal Law in Auschwitz: Positivism, Natural Law and the Career of SS Lawyer Konrad Morgen» *Fraser* questions the traditional paradigm of the criminal state (*Verbrecherstaat*) thereby applying the above-mentioned approach of the whole collected edition. He accepts that «law was a central element of the Nazi state» (*Fraser*, p. 34). With the example of SS Judge *Morgen*, *Fraser* examines the conditions under which the killing of Jews was conside-

red lawful by German jurists. *Lavis* («Nazi Law as Non-law in Academic Discourse») ties in with the critique of *Fraser* regarding the paradigm of the criminal state and questions the conclusion, conceptually building upon the «rupture thesis», that Nazi Germany is considered «lawless», which is indeed widespread in post-war English language historiography and jurisprudence. *Lavis* discerns that the acknowledgement, that there was something like law within Nazi-Germany, is a fundamental premise for the approach followed by this book since any verdict labelling Nazi law as a law *sui generis* would impede the comparison with other authoritarian legal systems but also with past and present democratic and liberal legal orders by destroying the common basis (*Lavis*, p. 59 ff.). This is why he wants to dispel with the traditional narrative especially developed by English language scholarship thereby opening a way in really engaging with Nazi law and the Nazi legal system (*Lavis*, p. 60). He starts by examining the genesis of the construction of Nazi law as non-law: the rupture thesis (*Lavis*, p. 61). In short the rupture thesis implies that the time of the Nazi regime was a very extreme and unique time in history which justifies to regard the law as a law *sui generis*. *Lavis* observes three early stages establishing the rupture thesis: the writings of *Fraenkel* and *Neumann*, the Nuremberg trials and the *Hart-Fuller*-debate in 1958 (*Lavis*, p. 62). After dwelling upon these points *Lavis* turns to more recent scholarship which reproduces the rupture thesis (*Lavis*, p. 71 ff.). He concludes by repeating his critique that the rupture thesis resulted in a lack of engagement with Nazi law as a serious subject of enquiry by both historians and jurists (*Lavis*, p. 75). As one reason for this neglect *Lavis* identifies a general reluctance of historiography to consider Nazi ideology as an important factor of Nazi rule (*Lavis*, p. 75). He laments that many historians overlook Nazi ideology as a consensus-building element in favour of the narrative that the Nazi state is simply a criminal state. Until today Nazi-law is regarded as an instrument of terror rather than a reflection of Nazi-ideology (*Lavis*, p. 75). *Lavis* ascribes this lack of engagement to the «discursive cooling effect» of the rupture thesis (*Lavis*, p. 76).

Wetzell starts off his paper titled «Nazi Criminal Justice in the Transnational Arena: The 1935 International Penal and Penitentiary Congress in Berlin» with a referral to the mentioned congress. He follows the line of argument of *Lavis* by stating that one might wonder that such an event took place in Nazi-Germany. That is because the time of the Nazi regime is usually considered as a «sharp break» from the Weimar legal order and from the law of democratic nations more generally (*Wetzell*, p. 77 ff.). He identifies two lines of argument developed by the West-German historiography of law which both hinder a real examination of Nazi law (*Wetzell*, p. 78). The first concerns the rupture thesis which was mentioned above. The second

stresses continuities rather than rupture but views them as German peculiarities. This leads to the notion of the «German *Sonderweg*» thereby detaching the processes of Nazi-Germany from their transnational context. With his chapter *Wetzell* wants to situate Nazi penal policy in the transnational context using the above-mentioned congress as «lense» (*Wetzell*, p. 78). First, he gives an overview of the transnational penal reform networks of the time (*Wetzell*, pp. 79 to 82). After this short overview *Wetzell* turns to the statements and contributions of Nazi officials like *Gürtner*, *Freisler* and *Frank* during the congress (*Wetzell*, p. 82 ff.). Perhaps surprisingly, they did not focus on similarities between the reforms in Nazi-Germany and reforms in other countries or corresponding claims. *Gürtner*, for example, elaborated on the probably most controversial reform ideas: the abrogation of the principle *nulla poena sine lege* as well as the shift of the criminal law and criminal law theory away from the consequences of the offence to the personality of the offender (*Täterstrafrecht*). In all statements the influence of Nazi-ideology was apparent by adopting a collective view on the law rather an individual one. The importance of the nation (*Volk*) and its protection as the objective of criminal law was stressed. *Frank* went so far to call for eugenic measures against offenders and the codification of the term race within the German legal order (*Wetzell*, p. 86). In order to assess Nazi penal law policy and to integrate it in a transnational context *Wetzell* further looks upon different issues discussed at the congress. Among them are questions on which consensus was reached, e.g. the double-track-system of penal sanctions and questions relating to juvenile justice, as wells as controversial ones, e.g. how to speed up lengthy trials, how to treat prisoners and the role of criminal eugenics (*Wetzell*, p. 89 ff.). *Wetzell* analyses the statements as well as the voting behaviour of the different national delegations. This assessment allows to draw inferences from the proceedings and helps to understand which reform proposal can be regarded as ‘typically national socialist’ and which proposals are shared by other — both authoritarian and democratic — countries. *Wetzell* concludes his paper by returning to the questions which were already treated by *Lavis*, that is whether the Nazi legal order can be considered as law at all and whether the time of the Nazi-regime has to be considered as a rupture (*Wetzell*, p. 100 ff.). As to the first question he takes the broad participation of delegates from different countries at the congress in 1935 as evidence that they regarded Nazi law as law rather than non-law. Nevertheless, *Wetzell* emphasizes that this could have changed during the time of the regime whereby he does not identify a specific point in time. Regarding the latter question — continuity vs. rupture — he stresses the fact that key aspects of Nazi penal reform were congruent with the claims of the modern school of criminal law which were also do-

minant in the transnational context (*Wetzell*, p. 101). He writes that this congruence is evidenced by the fact that the congress reached consensus on the majority of questions. In fact, German delegates were not so isolated with their reform proposals and statements – even the controversial ones – as one would have thought. Nor do even the controversial proposals reflect a division between authoritarian and democratic countries (*Wetzell*, p. 102 ff.). Because of this *Wetzell* concludes that, *prima facie*, ideology was not a critical factor. The reform agenda of the modern school followed by authoritarian and democratic countries contained both humanitarian and repressive aspects. Nevertheless, he points out that authoritarian regimes have been more willing to stress the repressive element especially by focusing on the protection of the nation. Thus, the modern school's reform agenda can be considered a double-edged sword. He ends with a word of warning that one should not rest on the believe that only authoritarian states adopt penal reforms in a radical way, there are analogies and connections between Nazi penal reforms and those of liberal states which are worth to think about (*Wetzell*, p. 104).

In his chapter «Criminology and the Rise of Authoritarian Criminal Law, 1930s-1940s» *Pifferi* delivers an insightful perspective on how criminological theories have been at risk of being exploited by authoritarian regimes. Like the previous contributors he is interested in the dichotomy of rupture and continuity thereby focusing on the relationship between scientific criminology and Fascist as well as Nazi law. He examines whether criminological theories, as is sometimes suggested, really prepared the ground for anti-liberal, repressive, totalitarian penal systems (*Pifferi*, p. 123) and notes, like other contributors to this collection, that many reforms and reform proposals of proponents of authoritarian regimes are not as much as authoritarian as one might assume. Rather they often date back to the time before the authoritarian forces came to power. Furthermore, several of these reforms were adopted by systems which are not considered authoritarian (*Pifferi*, p. 110 ff.). After all, *Pifferi* comes, convincingly, to the defence of criminology (*Pifferi*, p. 122). Nevertheless, he indicates weaknesses, for example the abolition of the principle *nulla poena sine lege* or the expansion of sentencing discretion, in the theories and claims of the modern school. Arguably, it were these weaknesses which induced authoritarian regimes to exploit the ideas of the modern school. The authoritarian political context sealed the fate of these modern and progressive claims aimed originally to rethink and reshape classical criminal law while retaining the underlying constitutional framework (*Pifferi*, p. 123). Criminologists at that time, however, did not argue for a «political turn» (*Pifferi*, p. 123).

The five chapters, exemplarily presented here, are in fact representative of the line of argument applied throughout the volume.

Other chapters pick up *inter alia* on the implications of the authoritarian legal systems on particular legal professional groups such as lawyers (*Graver*) and on specific issues relating to the relationship of ideology and criminal law, for example the development of crimes of honour (*Musumeci*). Notwithstanding that each chapter stands for its own, a recurrent theme of the book concerns the question of rupture: It is consistently shown that many reforms which are assumed to be authoritarian in nature, in fact predate the authoritarian regimes and, furthermore, have been seriously discussed in liberal democratic states as well. Another theme consistently applied throughout the book and highly intertwined with the question of rupture concerns the «comparison across periods and systems» (*Skinner*, p. 371). It is precisely the fact that liberal and democratic values are nowadays challenged by authoritarian and populist movements that urges a critical analysis of the methods of past authoritarian regimes and the way of how they used the law to achieve their aims and to consolidate their power. The present volume, while offering thought-provoking and inspiring insights, provides an excellent starting point for further research into this burning issue. Still, «much remains to be done» (*Skinner*, p. 371).

FLORIAN JERBERGER - TOBIAS BEINDER

DANIEL MAUL, *The International Labour Organization: 100 years of global social policy*, Berlin, De Gruyter Oldenbourg, 2019, 298 pp.

Nell'ultimo decennio l'*International Labour Organization* ha pubblicato numerose opere monografiche per raccontare la sua storia. In particolare ha patrocinato una collana di volumi su temi specifici, l'*ILO century series*, per celebrare il centenario della nascita dell'organizzazione, e fuori collana, all'interno di un progetto più ampio, ha curato una serie di pubblicazioni dedicate a ricostruzioni storiografiche di largo respiro⁽¹⁾. Di tale progetto editoriale, il libro di Daniel

(¹) Tra le pubblicazioni della *ILO Century series*, tutti editi da Palgrave McMillan, i testi di storiografia sono: *The ILO from Geneva to the Pacific Rim: West meets East*, Jill M. Jensen and Nelson Lichtenstein (ed.), 2016; Sandrine KOTT, Joëlle DROUX, *Globalizing social rights: the International Labour Organization and beyond*, 2013; Daniel MAUL, *Human rights, development and decolonization: the International Labour Organization, 1940-70*, 2012. Fuori collana, editi dall'ILO, troviamo: *If you want peace, cultivate justice: A photographic history of the ILO, 1919-2019*, Geneva, International Labour Office (ILO), 2019; *Women's ILO: Transnational networks, global labour standards and gender equity, 1919 to Present*, Eileen Boris, Dorothea Hoehtker,

Maul costituisce il prodotto più recente, ma anche quello ‘definitivo’, come appare rappresentato da un eloquente sottotitolo sul sito dell’ILO: «the first comprehensive account of the International Labour Organization’s 100-year history»⁽²⁾.

Non meraviglia il cospicuo dispiegamento di forze impiegato dall’Organizzazione nella cura dell’aspetto culturale della propria rappresentazione: certamente è costume delle istituzioni pubblicizzare un traguardo significativo come ‘un secolo di vita’ con la scrittura della memoria di sé, compiendo un’operazione che, ben lontana dall’essere un memoriale fine e a se stesso, risponde piuttosto all’esigenza politica di fissare la propria storia per cementificare la propria legittimazione. L’ILO ha evidentemente assunto in maniera scientifica l’impegno di raccontarsi e di dedicare una parte decisiva di questo racconto al passato, ma c’è dell’altro.

L’aumento delle pubblicazioni storiografiche sull’ILO può essere letto all’interno di una congiuntura particolarmente felice per gli studi di storia del lavoro in Europa, che ormai da qualche anno vivono una fase di rinnovamento e rilancio, seppur con alterne fortune in relazione ai contesti nazionali di riferimento. Nella lettura del volume di Daniel Maul, l’idea che oltre a essere parte integrante di una speciale missione editoriale, di natura squisitamente istituzionale, esso rifletta inevitabilmente alcuni paradigmi del panorama storiografico più recente, può certamente aiutare ad orientarsi: innanzitutto ci spiega perché, sebbene sia una storia generale dell’ILO dalle origini ai giorni nostri, il libro non si presenta come un’opera particolarmente ponderosa, ma piuttosto ben calibrata intorno a nuclei tematici rilevanti; in secondo luogo, ci suggerisce che il testo non riserva sorprese.

Il libro segue con efficacia la diacronia delle diverse stagioni dell’ILO, fin dalla sua fondazione, includendo in apertura una parte compendiosa sulle origini più remote, e lasciando alla conclusione un epilogo sugli anni duemila contenente forti accenti programmatici sul

Susan Zimmermann (ed.), Leiden, Brill, 2018; Gerry RODGERS [et al.], *The International Labour Organization and the quest for social justice: 1919-2009*, Genève, International Labour Office, 2009.

(2) Il testo qui recensito è stato contestualmente edito anche in francese e in spagnolo, ed è liberamente disponibile, nelle tre versioni, sul sito dell’ILO. Le storie ‘non ufficiali’ dell’ILO sono numerosissime e costruite intorno a temi o segmenti temporali precisi, molte delle quali di sicuro interesse; ricordo, a titolo esemplificativo, e perché si tratta di un’opera che copre, come quella di Maul, la lunga durata dell’Organizzazione, la raccolta di saggi edita nel 2010 a cura di diversi autori gravitanti tra Belgio e Olanda, fra cui la ‘specialista’ di ILO, Jasmien Van Daele e il teorico più noto della Global labour history, Marcel Van Der Linden: *ILO histories: essays on the International Labour Organization and its impact on the world during the twentieth century*, Peter Lang, 2010.

futuro dell'organizzazione (obbiettivo a dire il vero un po' inatteso per un lavoro storiografico). Tuttavia l'autore non sembra cedere alla tentazione di rappresentare la storia dell'ILO come un lineare susseguirsi di fasi evolutive. All'interno di un percorso che vanta la durata di un secolo — la 'lunga durata' dell'Organizzazione, appunto — risulta evidente lo sforzo di individuare diversi momenti di cesura ancorati a specifici testi giuridici di riferimento (oltre alla Costituzione del 1919, più volte emendata, la Dichiarazione di Philadelphia del 1944, la *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* del 1998, la *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization* del 2008), e collocati all'interno di contesti dei quali Maul restituisce importanti tratti peculiari. In una sorta di dialogo tra 'dentro e fuori' l'istituzione, i mutamenti di rotta dell'ILO, le sue scelte operative e le opzioni ideologiche sono narrati come la ricaduta necessaria di particolari mutamenti nell'assetto geopolitico mondiale, e le politiche assecondate o rilanciate dall'ILO vengono lette come indissolubilmente ancorate a quel tempo, a costo di rivelarne le criticità⁽³⁾.

Le quattro parti in cui è suddiviso il libro riflettono tradizionalmente una scansione temporale, che in parte ricalca la struttura della 'prima' storia dell'ILO di Antony Alcock⁽⁴⁾; ma la metodologia adottata dall'autore — sintetizzata nei quesiti «whose organization is the ILO, what defines it as an international organization, and what could or should be its contribution to the quest for social justice» (p. 2) — riflette uno sforzo di originalità e permette di dare slancio a temi molto dibattuti negli ultimi anni: la decolonizzazione, la cooperazione allo sviluppo, le politiche dei diritti umani e la globalizzazione, che corrispondono agli interessi scientifici di Maul⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Nella percezione di Maul, «The conjunctures of inclusion and exclusion and the dynamics behind the ILO's work have been fluctuating, depending on specific political, social, and economic contexts. In this sense the question of who or what should be represented in the ILO's meeting rooms, in its work programmes and its research activities, has always reflected the struggle of ideologies — East vs. West, North vs. South, imperial vs. colonial, Keynesian vs. neoliberal» (p. 3).

⁽⁴⁾ Cfr. A. ALCOCK, *History of the International Labor Organization*, New York, Octagon Books, 1971, un testo al quale Maul si riporta spesso, confermando il suo valore storiografico, e che forse oggi acquista un profilo di interesse ulteriore come documento efficace per studiare la storia della storiografia durante la Guerra fredda.

⁽⁵⁾ Fra le pubblicazioni di Maul sugli stessi temi, ricordo: *Human Rights, Development and Decolonization*, cit.; *The International Labour Organization and the Struggle against Forced Labour from 1919 to the Present*, in «Labor History», 48 (2007), 4, pp. 477-500; *'Help Them Move the ILO Way': The International Labor Organization and the Modernization Discourse in the Era of Decolonization and the Cold War*, in «Diplomatic History», 33 (2009), 3, pp. 387-404; *The ILO, Asia and the Beginnings*

La prima parte, dedicata al ventennio 1919-1939, a partire dalla conferenza di Washington, percorre il periodo della sperimentazione, di un laborioso costruire. All'interno del racconto di Maul, la messa a punto del *tripartitismo*, la cifra distintiva dell'organizzazione che andava verificata nelle pratiche, non ha peso maggiore delle prime elaborazioni di *international labour standards*. Donne, bambini, veterani di guerra, disabili, rifugiati, i lavoratori non industriali come marinai, agricoltori, colletti bianchi: l'attenzione riposta dall'ILO nella tutela di tali categorie è analizzata dando a ognuna di esse il suo spazio di riconoscimento; allo stesso modo viene messa in evidenza l'attività compiuta dall'Organizzazione con l'obiettivo di estendere il proprio campo d'azione anche ad altri temi: i minimi salariali, la salute nei luoghi di lavoro, le politiche abitative, il tempo libero. La molteplicità delle aree di intervento dell'ILO è utilizzata da Maul per restituire lo sforzo politico di cui l'Organizzazione si era investita, nella sua prima fase di affermazione, nel tentativo di dare una definizione ampia al concetto di *giustizia sociale* e, di conseguenza, alla portata del suo «mandato» (pp. 68-69).

La seconda parte del volume racconta la svolta politica assunta dall'ILO negli anni '40, contestuale e conseguente ai nuovi equilibri prodotti dalla seconda guerra mondiale: si tratta di un periodo di soli otto anni, che si rivela particolarmente denso perché include l'adozione di nuovi scopi e obiettivi con la Dichiarazione di Philadelphia, e la trasformazione dell'ILO in agenzia specializzata dell'ONU.

Da queste pagine emerge un'attenzione speciale dall'autore ai momenti di crisi e di 'rifondazione', a quegli snodi cronologici che mostrano la vitalità di un'istituzione, la capacità di mutare in relazione ai cambiamenti politici più rilevanti, ma soprattutto il condizionamento subito dalle politiche dei Paesi egemoni. Se la Dichiarazione del 1944 inaugurava, a partire dalle istanze di giustizia sociale, l'epoca dei «diritti umani internazionali» (p. 111), l'ingresso dell'ILO nelle Nazioni Unite da un lato le garantiva la sopravvivenza, dall'altro le sottraeva autonomia politica, con la conseguenza inevitabile che, nel contesto della Guerra fredda, portò l'organizzazione ad assumere una posizione di «prima linea in campo Occidentale» (pp. 139-140).

Alla luce di tali scelte strategiche, il terzo capitolo è dedicato al difficoltoso tentativo di superare le contraddizioni tra approccio universalistico e pratiche politiche, operato nel trentennio successivo al

of Technical Assistance, 1945-60, in *The ILO from Geneva to the Pacific Rim*, Jensen and Lichtenstein (ed.), cit., pp. 110-133; *The International Labour Organization and the Globalization of Human Rights, 1944-1970*, in *Human Rights in the Twentieth Century*, Stefan-Ludwig Hoffmann (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 301-320.

'48, del quale Maul fa emergere in particolare il ruolo della cooperazione — la «technical cooperation» — nel contesto della decolonizzazione e dei Paesi cosiddetti 'in via di sviluppo', nonché il protagonista longevo del Direttore generale David Morse (dal 1948 al 1970).

La macchina dell'ILO, rinnovata da Morse, traghettava l'Organizzazione lungo il periodo della Guerra fredda senza cambiamenti radicali. Come fa notare Maul nel quarto capitolo, fu negli anni Novanta che l'ILO, volendo trovare uno spazio nel dibattito internazionale in tema di dimensione sociale della globalizzazione, ebbe la necessità di reinventarsi nuovamente, e lo fece con la controversa *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* del 1998. Le critiche mosse a tale Dichiarazione, riassumibili nell'accusa di «neoliberal turn» (p. 264), sono riportate e in una certa misura contrastate dall'autore, il quale, sulla scia di tale 'difesa', nelle pagine successive ribadisce il ruolo storico dell'ILO — questo sì continuativo nei 100 anni della sua esistenza — che consisterebbe nel saper rinnovare la portata del suo mandato, integrando nell'alveo dei suoi interessi le nuove forme di lavoro e i bisogni dei nuovi gruppi di lavoratori (p. 269).

A dare sostegno a tutta la narrazione un corredo bibliografico molto vasto, che copre una dimensione editoriale internazionale, è adoperato con cura e precisione; al contrario, ciò che appare carente sono le fonti storiche. Fatta eccezione per i riferimenti normativi, raccomandazioni e convenzioni che sono riportate di frequente, i documenti citati scompaiono al confronto con la mole di storiografia utilizzata, d'altra parte è lo stesso Maul che nell'introduzione anticipa, tra le righe, la natura del suo libro: un testo che, senza voler essere una mera sintesi, si fonda sulle «abbondanti» ricerche esistenti (pp. 12-13). La cifra distintiva del suo racconto è la scelta di accogliere alcuni dei temi privilegiati della più 'internazionale' delle tendenze metodologiche attuali, la *Global labour history*, dedicando trasversalmente per ogni periodo analizzato ampi riferimenti al lavoro non industriale, alle questioni di genere, al lavoro non libero, al lavoro domestico⁽⁶⁾. Il risultato è che se sui temi selezionati da Maul si genera un incontro felice tra i topoi della *Global labour history* e gli obbiettivi politici dell'Organizzazione, il punto di vista su quei temi che emerge dal lavoro di Maul, identificandosi con la proiezione della volontà dell'Organizzazione, risulta inevitabilmente unilaterale, in una prospettiva che certa storia globale, al contrario, vorrebbe tentare di decostruire.

VIRGINIA AMOROSI

⁽⁶⁾ Per una panoramica delle diverse tendenze che caratterizzano la storia globale del lavoro, cfr. i saggi raccolti in: *Global labour history. La storia del lavoro al tempo della "globalizzazione"*, a cura di C. De Vito, Ombre corte, 2012.

Discussioni

Discussione sul volume di

TAMAR HERZOG, *A Short History of European Law. The Last Two and a Half Millennia*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2018.

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ

UN LIBRO ÚTIL QUE NO HABRÍA DESAGRADADO A GEORGE STEINER

Todo tiene historia (que no es lo mismo que afirmar que todo tiene importancia para la historia, como defendería un *annalista*, incluso perteneciente a la generación menos radical de esta escuela). Todo lo tiene, incluso este texto que no es más que una modesta opinión formulada por escrito sobre un libro (la opinión es modesta; el libro, quede claro desde ya, no lo es: ni por su planteamiento, ni por su meritorio resultado). El relato es muy sencillo: la razón o el origen de que comparezca aquí ante usted, improbable lector, está en el atrevimiento que tuve de plantearle al bueno de Giovanni Cazzetta la pertinencia de realizar una reseña para Quaderni fiorentini de *A Short History of European Law. The Last Two and a Half Millennia* (Harvard University Press, 2018)⁽¹⁾ de Tamar Herzog. En concreto, la propuesta se la realicé vía correo electrónico, en mayo de 2019, con el siguiente tenor: «Te escribo para hacerte una propuesta para los QF. No sé si encajaría en la sección *Lecture* o en *A proposito di...* Se trataría del libro, que supongo conoces, de Tamar Herzog, *A Short History of European Law. The Last Two and Half Millennia* (Harvard University Press, 2018). Me parece, dentro de su aparente simplicidad, un texto sugerente por distintas razones, y que al menos merece,

(1) El libro fue traducido pronto al español: *Una breve historia del Derecho europeo. Los últimos 2500 años*, Alianza Editorial, 2019. Las referencias en páginas que aparecen están realizadas a la obra traducida.

creo, ser reseñado. También me sugiere ciertas reflexiones en torno a la Global Legal History. Si no interesa o no lo consideras oportuno para QF, lo entenderé perfectamente (faltaría más). Al menos, y no es poca cosa, me ha dado la ocasión de escribirte, lo que siempre es un placer, y enviarte un abrazo desde Sevilla». La respuesta de Giovanni fue inmediata (y generosamente confiada, como acostumbra): «Non ho letto il libro di Tamar Herzog, ma — conoscendo il valore dell’Autrice — sono certo che si tratta di un lavoro di pregio, che merita di essere segnalato ai lettori dei Quaderni. La tua proposta va benissimo: visto il tema, direi che è preferibile una Lettura/recensione. Il Quaderno del 2019 è in bozze. Si va dunque al QF del 2020: puoi inviarmi il testo a gennaio del prossimo anno». Más tarde (en diciembre de 2019), me volvió a escribir para anunciarme que la comparecencia del libro de la Profesora Herzog en los Quaderni ya no sería a través de mi recensión sino por medio de la fórmula de la *Discussione*, utilizada ya algunas veces en la revista, un formato en el que la autora tiene la oportunidad de contestar, de dialogar con quienes han sido invitados a opinar sobre su trabajo. De nuevo, sólo la generosa amistad de Giovanni Cazzetta hace entendible que me mantuviese entre dichos opinantes, utilizando elegantemente para ello la siguiente justificación: «Il libro, che ho letto in questi giorni nella versione in inglese (alla traduzione in spagnolo si è ora aggiunta quella in cinese!), si rivolge a più destinatari: penserei alla tua lettura come a quella del giurista positivo attento alla dimensione storica, accosterei poi — come ti dicevo — la lettura di due storici (attenti alla dimensione giuridica) uno di aria europea e uno di aria anglo-americana».

Cuento todo esto con la intención, no lo ocultaré, de justificar en cierto modo lo que va a leer usted, improbable lector — no incurriré en la petulancia de utilizar el plural y pensar que pueda haber más de uno (mucho menos después de esta introducción) — y, sobre todo, para advertirle a la obligada (y segura) lectora que este cambio de formato me ha asegurado — nada más y nada menos que la propia Profesora Herzog — lo que va a encontrarse a continuación. Creo que el cambio de la mera reseña a esta fórmula de la *Discussione* tiene además algunas ventajas evidentes, ya que ahorra esa parte meramente informativa — a la que algunos autores de recensiones suelen cómodamente circunscribirse —, consistente solo en dar noticia del libro (de su propia existencia) y de sus características más elementales, incluidas las, digamos, ‘numéricas’ (algunas tan importantes como pueden ser el número de capítulos o el número de páginas...), y permite concentrarse en lo que este género tiene de verdadero interés: la expresión de una opinión crítica debidamente fundamentada. Y cuento todo esto también para poner en antecedentes, para justificar en suma, que mi opinión puede parecer muy reducida, en el sentido

de que se refiera sólo a uno de los posibles recorridos del libro, y que puede resultar a la vez extravagante en cuanto me salga de lo que a priori se espera de mi. Y es que lo que se me ha encomendado, como me señalaba Cazzetta (y les he dado a conocer), es que lleve a cabo un análisis de la obra desde mi condición de cultivador de una disciplina de Derecho positivo (Derecho civil) — si bien atento a la dimensión histórica del Derecho, como el mismo me reconoce —, es decir, una materia con una clara vocación, es obvio decirlo, hacia la aplicación práctica del Derecho.

En este sentido, pareciera que mi aproximación al libro de Herzog tuviera que desenvolverse obligatoriamente, por mi adscripción académica, en una previsible clave de *utilidad*; dicho en otros términos: lo que se espera de un civilista es que valore un texto de naturaleza histórica ponderando, sólo o principalmente, en qué forma puede resultar *útil* o conveniente su lectura para los juristas prácticos en general e incluso, por acotar más la cuestión, para los de un país perteneciente de manera plena a la historia jurídica europea como es España. Digámoslo rápido y directamente (*por derecho*, se dice entre nosotros): sacar a relucir ese binomio o par, que parece hoy indisolublemente unido, conformado por el jurista práctico (o de Derecho positivo, si se prefiere) y la utilidad como criterio para medir todo lo que concierne a su formación y al ejercicio de su labor, supone condenar a un libro como éste a la condición de mero divertimento, cuando no, directamente, a la de considerar su lectura como una soberana pérdida de tiempo (ambas cosas, entiéndase, para ese jurista práctico). Obviamente, se dirá, con razón, que el problema no es del libro en sí sino más bien del estatuto cultural que presenta dicho jurista en la actualidad. A este respecto, creo que hay que tratar de superar un poco la tendencia de dar una respuesta a *la Ordine* (de Nuccio Ordine), en el sentido de contentarse únicamente con hacer una reivindicación general de los tenidos por saberes *inútiles* y de las cosas vinculadas a estos (los libros destacadamente entre ellas). En el éxito que ha tenido esta reivindicación, que tiene mucho de protesta frente la modernidad (ante determinadas y evidentes derivas de ésta), me parece atisbar cierto conformismo snob y sobre todo una evidente comodidad para quien sintiéndose atacado, en nombre de la utilidad, se ve, sin embargo, protegido por la genérica adscripción de dedicarse a algo tan inútil como la filosofía o la historia. Creo que debe hacerse un mayor esfuerzo, lo que pasaría necesariamente por reivindicar la utilidad objetiva — la *verdadera utilidad*, habría que matizar — de libros como el que nos ocupa, con independencia de quienes sean sus previsibles destinatarios, y por replantearse también el perfil de otros posibles interesados en su lectura. Especialmente, creo que habría que desenmascarar toda esa serie de justificaciones que en nombre de la utilidad y de sus derivados tienden a hacer improbable

hoy la lectura de un libro como éste por un civilista, un penalista o un procesalista. Entre ellas, quizá la más sólidamente instalada, sea la de la (dichosa) especialización, como si su sujeto, el especialista, no necesitara poseer una cultura (jurídica también, por supuesto) lo más robusta posible. Tal vez, quien mejor haya desenmascarado a qué conduce dicho gusto por la especialización haya sido nuestro Antonio Machado: «Cuando el saber se especializa — dice por boca de Juan de Mairena —, crece el volumen total de la cultura. Ésta es la ilusión y el consuelo de los especialistas. ¡Lo qué sabemos entre todos! ¡Oh, eso es lo que no sabe nadie!» (*Juan de Mairena. Sentencias, donaires y recuerdos de un profesor apócrifo* [1936], Clásicos Castalia, 1972, p. 45). Tal y como están las cosas, es difícil aventurar que una obra de estas características, candidata natural, por su temática y su factura, a formar parte de una de esas pilas de libros *de recomendable lectura* con la que el maestro trataba de iniciar al discípulo en su periplo intelectual, tenga éxito (es decir, otros lectores más allá de los previsibles). Si lo pensamos bien, esta escena, la del maestro y la del discípulo, resulta cada vez más infrecuente; al fin y al cabo, poco tiene que enseñar el especialista a quien aspira a ser como él, esto es: a saber mucho de muy poco.

Precisamente es la propia autora la que lleva a cabo, en la inteligente introducción que ofrece al inicio (pp. 9-21), una justificación no sólo del libro en sí, de sus opciones y de sus elecciones, sino también de porqué un texto de historia jurídica europea puede ser útil para cualquier jurista, más allá de la comunidad de intereses (la de los historiadores del Derecho y asimilados) a la que parece sólo inicialmente destinado. En definitiva, acomete — quiero pensar que intencionadamente — una justificación del tipo al que antes me refería, es decir, de esas en las que debe intentarse ir más allá de conformarse con la reivindicación de la inutilidad (un elegante no servir para nada) como característica propia de la alta cultura. Herzog reivindica, de forma muy convincente creo, la función, la utilidad, en definitiva, que una obra como ésta puede tener para quien pretenda, y son sus palabras, contar con unos instrumentos con los que «entender el presente y el pasado» del Derecho europeo (p. 12). Como puede perfectamente colegirse de este planteamiento, dicha comprensión, la propiamente histórica, la del pasado, pero también la del presente (a partir de un mejor conocimiento del pasado), es un presupuesto no solo para deambular mejor por dicho presente sino para plantearse el futuro en mejores condiciones. Éste es el planteamiento, me parece, que sostiene en el epílogo, un tanto precipitado y previsible, con que cierra el libro — en mi opinión, tal vez lo más endeble de un trabajo tan sólido —, y que titula «Un mercado, una comunidad y una unión» (pp. 317-335).

En lo que nos propone Herzog — aunque se trata a sí misma con modestia, desde el mismo título (*A short*) o presentando su libro como un manual destinado principalmente a estudiantes universitarios, algo que queda de inmediato desmentido, incluso en la introducción —, en esta utilización, digamos, práctica del pasado, existe un convencimiento por su parte de que la historia tiene mucho que ofrecer (sirve, en suma) al jurista del presente — yo diría que a un jurista mínimamente inquieto y curioso, que no se limite a ser un mero acarreador de normas. Es lo que la propia autora se plantea, intentando ofrecer «una introducción breve y útil a la historia jurídica europea que pudiera usarse para debatir la evolución del derecho a lo largo del tiempo» (p. 12). Insisto en que su planteamiento no sería el de una defensa disciplinaria o académica de la historia del Derecho frente a quienes la ningunean o la menosprecian, hasta el punto de considerarla prescindible. El episodio con que inicia la introducción, el de la alumna (inocentemente) entusiasmada con la Carta Magna y su significado, ilustra muy bien lo que la historia puede suponer por supuesto para conocer mejor el pasado (esa es la función que le es propia, la de la historia) pero también para enfrentarse con mejores armas y mayor solvencia al tiempo presente⁽²⁾.

Este planteamiento de la autora me ha hecho evocar aquello que Michael Oakshott llamaba el «pasado práctico». Quien es conocido básicamente por ser uno de los pensadores de referencia del conservadurismo inglés, tuvo entre sus intereses la filosofía de la historia y la historiografía a las que dedicó algún texto más que interesante. En *Sobre la historia y otros ensayos* (Katz, 2013), con su peculiar estilo, describe este «pasado práctico» como un presente de objetos a los que se les reconoce por haber sobrevivido. Se trata, señalaba, de «una acumulación de personas, situaciones, enunciaciones, acciones y artefactos de carácter simbólico que son producto de la imaginación práctica y cuya única relación significativa con el pasado no tiene que ver con ese pasado al que hacen referencia de manera ambigua e inconsecuente, sino tal vez con el momento y las circunstancias en que

(2) Así lo expresa la propia autora (p. 13): «Para describir las complejidades del pasado y demostrar su relevancia para el presente, en este libro, que examina casi dos milenios y medio, pregunto de qué modo los europeos construyeron en diferentes momentos del tiempo sus sistemas jurídicos, de dónde pensaban que procedían las normas, a quienes les permitían elaborar, declarar o aplicar dichas normas, y cuáles fueron los resultados. En vez de describir instituciones o normas legales específicas, me interesa descifrar de qué modo se generaban las normas, para indicar cómo deberían leerse y comprenderse dado su contexto histórico particular. También deseo demostrar que su comprensión podría decirnos algo importante sobre quienes hemos legado a ser».

fueron incorporados al vocabulario del discurso práctico» (p. 54). Oakeshott hablaba, en definitiva, de aquello del pasado que sobrevive en el presente, que sigue siendo actual y que, por tanto, en su opinión, no sería objeto propiamente del trabajo de los historiadores, de la historia concebida como «indagación» explicativa del pasado. Si se mira bien, no se trataría más que de una estrategia más con la que enfrentar la cuestión de la continuidad histórica de los conceptos — en el caso del Derecho y de su historia de las figuras, los mecanismos y las instituciones jurídicas. A este registro — que evoca por momentos la propuesta historiográfica de Reinhart Koselleck — creo que recurre varias veces Herzog a lo largo del libro, con varios ejemplos que ilustran esa supervivencia conceptual, no siempre bien adaptada, de figuras o mecanismos creados en el pasado. Así, ya en la misma introducción (pp. 16-17) destaca como sobreviven las presunciones legales ideadas en el Derecho romano como modo de determinar la verdad jurídica, entre ellas, por ejemplo, la de establecer la filiación a partir del matrimonio de los padres, resaltando precisamente su pervivencia en el Derecho español — algo que se habría adaptado, en nuestra opinión (*Derecho sin realidad: padres o progenitores*, Diario La Ley, 2007, núm. 6630, pp. 14-16), a duras penas y de manera un tanto forzada a la posibilidad de que el matrimonio, a partir de 2005 en España, pueda ser de personas del mismo sexo.

Pues bien, en todo ello, de forma seguramente no del todo intencionada pero es lo que resulta, hay (para quien quiera verla) toda una reivindicación de la historia como un instrumento apto para el jurista práctico, ese que se mide cotidianamente con el Derecho vigente, con su interpretación y su aplicación a la realidad. Una reivindicación que debe entenderse no sólo en la medida en que ésta, la historia, resulte un mero complemento cultural, que adorne a dicho jurista, sino en tanto que tal conocimiento histórico pueda resultar útil para quien pretenda enfrentarse mejor a las normas y a su aplicación, es decir, con todos los instrumentos a su alcance. Y es que somos de una determinada manera porque fuimos de una determinada manera, o dicho de otra forma: el presente nos habla del pasado como éste nos habla también del presente, en un modo que no puede despreciarse ni desperdiciarse. Ésta pienso que es la propuesta de Herzog que si tal vez no resulta del todo consciente en su propósito último — de dotar al jurista positivo de un medio más para acometer su labor — si lo es en la metodología con que se propone realizarla y de la que da perfecta cuenta en la introducción pero sobre todo llevándola a la práctica a lo largo del texto constantemente.

Seguramente éste es el valor principal que un jurista académico de una disciplina de Derecho positivo puede extraer de un libro de este tipo. Es el principal pero no el único de los muchos que presenta desde otras perspectivas, que no me toca desarrollar (por eso de ate-

nerme a mis competencias) pero que sí me gustaría, al menos algunos de tales logros, dejarlos siquiera apuntados. En concreto, querría señalar dos, uno de fondo, puede decirse, y otro más bien de corte metodológico (en un sentido historiográfico).

Con relación al primero, entiendo que con este libro más que ante una historia del Derecho europeo estaríamos, en muchos de sus pasajes, ante una historia de la historia del Derecho europeo. Una historia crítica, por supuesto, no meramente expositiva, en la que son continuas las referencias a los autores que han abordado cualquiera de los temas que trata — la alusión a estos es a veces concreta y otra genérica (y en muchas ocasiones sin mencionarlos directamente, aunque casi siempre aparecen en la bibliografía escogida con que ilustra cada capítulo, recogidas al final como «Lecturas complementarias»). Posiblemente, a estas alturas (dos milenios y medio), no puede ser de otro modo. Ello no significa que no se haga muy bien (como de hecho se hace), ni que Herzog renuncie a ofrecer su punto de vista, su propia opinión en casi todas las cuestiones abordadas, en especial en las más trascendentales. Este modo de proceder (advertido en la introducción) alcanza incluso al estilo y explica que continuamente plantee preguntas, que sirven también para orientar al lector y para reclamar su atención. En definitiva, es como si nos preguntáramos, alineados con esa opción estilística de la autora, ¿Qué puede decirse ya de la historia del Derecho europeo? Este libro demuestra que puede decirse mucho y que sobre todo cabe enfrentarse críticamente a lo que otros han sostenido con anterioridad. En este sentido, el texto deja abiertos muchos debates y cuestiones, demostrando que estamos también ante una historia *viva* del Derecho europeo.

La otra aportación reseñable del libro, que apunto a conciencia de salirme un tanto de mi competencia académica, sería de índole metodológica, es decir, historiográfica. Y es que parece evidente que éste puede incluirse en la llamada *Global Legal History*, la versión jurídica o para el Derecho de la *Global History* o historia global, cuyo éxito paradigmático es tan notorio en la actualidad. Despachar esta corriente como una simple moda — por mucho que se le puedan reconocer los rasgos propios de éstas — significaría, entiendo, no reconocerle su verdadera importancia y lo que su propia aparición significa como la historia propia del mundo globalizado. Y es que la irrupción de esta historia global supone algo más que reversionar aquellas viejas historias del mundo o de las civilizaciones, tan exitosas en otros tiempos. Algunas de las características de esta nueva forma de hacer historia son directamente historiográficas o metodológicas, aunque no siempre son tan innovadoras o novedosas como pretenden algunos. Serge Gruzinski, en su sugerente *¿Para que sirve la historia?* (Alianza Editorial, 2018) se refiere, como una de tales características o efectos, a lo que llama «descompartimentar», es decir, terminar con las parti-

ciones geográficas y cronológicas que han parcelado tradicionalmente la disciplina histórica como una de sus características más indiscutibles (pp. 133-135). Precisamente, Gruzinski habla de un replanteamiento de la historia europea como consecuencia de la irrupción de esta historia global, consistente en la superación de algunas de sus características fundamentales, en especial el eurocentrismo en sus vertientes más extremas (la historia de Europa como historia del mundo o la aplicación de los modelos o categorías europeos al resto del mundo). Como advierte también, no se trata de entregarse a este globalismo histórico (so pena de incurrir en alguno de sus excesos o defectos evidentes, como pueden ser cierta superficialidad o una falta de anclajes o referencias ciertas) sino más bien de enfrentar la historia europea de una nueva manera, con una nueva actitud metodológica (en la que destaca, desde luego, una recuperación de la *longue durée*). Gruzinski plantea, en definitiva, una historia europea abierta, privada de su anclaje territorial y de su fragmentación nacional, vuelta hacia el exterior y con posibilidades de ser más ampliamente compartida.

Pues bien, pienso que algo de esta *apertura* (y sus consecuencias metodológicas) es claramente apreciable en el libro de Herzog y constituye, en mi opinión, uno de sus mejores logros: haber conseguido — en sus propias palabras — integrar la historia del Derecho europeo en una sola narración, teniendo en cuenta las variantes locales y respetando la profunda unidad de toda Europa, Inglaterra incluida (p. 12). Con esta apertura — y sería otro logro — puede perfectamente replantear (o directamente cuestionar), como hace, algunos de los relatos consagrados e intocables para muchos de la historia jurídica europea, como, por ejemplo, la separación absoluta entre el Derecho continental y el Common Law. O puede reformular, como también hace, la geografía de la tradición jurídica europea verificando como algunos de los desarrollos más importantes que se dieron en ésta vinieron de fuera del continente.

Coda. Coincide la redacción de este texto con el fallecimiento de George Steiner, calificado en muchos de los obituarios que se le han dedicado estos días, con sobrados motivos, como uno de los últimos intelectuales europeos (tanto por su biografía como por sus intereses). El libro de Herzog, en el que hay también una inocultable reivindicación de Europa y de su Derecho, quiero pensar que no habría desagradado al irrepentible autor de *Presencias reales*. Steiner dedicó muchas páginas y muchas intervenciones a defender Europa (y lo que ésta representa) como un baluarte contra la ignorancia y la barbarie, presentes para él en ciertos modos de ocio, en un consumismo ostentoso y en la aceptación de unos modelos de vida extraños a su tradición secular y clásica. En una conferencia pronunciada en Tilburg (Holanda), en 2004, luego convertida en un librito sugerente y provocador (*La idea de Europa*, Siruela, 2005), llegó a afirmar esperanzada-

mente que por qué no Europa iba a protagonizar una revolución anti-industrial igual que generó la revolución industrial. Estaba convencido de que Europa no tenía que rivalizar con Estados Unidos o China por el poderío económico, militar y tecnológico. Estaba persuadido de que su misión debía, debe ser otra, no menos importante: ofrecer al mundo una herencia cultural milenaria, hija de Atenas y de Jerusalén, que haga posible aquella que Sócrates definió como la vida que merece ser vivida: la vida examinada. De esa herencia europea ofrecida al mundo, qué duda cabe, forma parte un Derecho cuya historia narra con maestría Tamar Herzog en este libro indispensable.

SIMONA CERUTTI

L'UNITÀ FRAMMENTATA DELLA CULTURA GIURIDICA EUROPEA

1. L'aneddoto con cui si apre il libro di Tamar Herzog (l'emozione di una studentessa di legge di fronte a una copia della Magna Carta, in cui crede di riconoscere il testo fondatore delle libertà civili) presenta con molta vividezza una delle sfide che affronta la *Short History of European Law*: procedere a una ricostruzione dei modi di produzione dei testi giuridici che prenda in conto una pluralità di contesti, quelli della loro produzione così come quelli delle interpretazioni che si sono sovrapposte nel tempo. Comprendere il passato, scrive l'autrice, significa non solo ricostruire ciò che è avvenuto, ma anche come questo evento è stato interpretato dai contemporanei così come dalle generazioni successive che lo hanno letto e utilizzato per modificare il loro presente (p. 5). La Magna Carta deve così essere l'oggetto di una indagine sul processo che ha condotto, nel XIII secolo, alcuni signori feudali a richiedere al re il riconoscimento dei propri privilegi, e, al tempo stesso, sulle diverse vie che nel corso dei periodi successivi hanno costruito — paradossalmente — questo documento come il simbolo dei diritti dell'intera popolazione inglese. Questi interrogativi sui contesti contemporanei di produzione dei testi, sulle trasformazioni che le letture successive hanno prodotto, sui vantaggi che offre una ricerca attenta a questa dimensione stratigrafica, sono cifre importanti del libro di Tamar Herzog che costruiscono almeno in parte la struttura del libro.

Il primo dei due obiettivi che, nella sua introduzione, l'autrice dichiara di essersi posta, è quello di smentire l'immagine del diritto

come di un «dato», un campo di azione e un deposito di conoscenze e tecniche la cui struttura, al di là delle soluzioni legali contingenti, è sostanzialmente stabile (*law as a given*). Il diritto, invece, cambia; cambiano non solo le soluzioni proposte per regolare i conflitti, o i contratti, ma cambia nel tempo la sua stessa struttura, e questo cambiamento non è sinonimo di evoluzione, ma di trasformazioni radicali. «Da dove vengono le norme, chi si ritiene abbia la legittimità per fissarle o modificarle, quali risultati sono attesi», sono interrogativi che vengono posti all'apertura di ogni capitolo e indirizzati a ogni fase storica trattata, attraverso un linguaggio piano la cui chiarezza è straordinariamente ricercata e il cui effetto è una salutare denaturalizzazione dell'oggetto. Lo scopo di questa operazione non è solo quello di storicizzare il diritto; è anche un modo di mostrare come le sue formulazioni e la costruzione dei suoi oggetti abbiano effetti diretti sulle forme di definizione delle comunità e delle società locali. Quali criteri sono messi in campo per creare una continuità tra individui che consenta la definizione di una giurisdizione? Quale denominatore può consentire di costituire una comunità che sarà sottoposta a una norma? Che peso assumeranno appartenenza territoriale, etnica, religiosa nella definizione di questa comunità? Questa interrelazione tra formazione delle norme e formazioni sociali è un altro dei caratteri originali del libro, che svela di fatto l'identità della sua autrice; giurista, avvocato e storica del diritto, una combinazione rara e straordinariamente fruttuosa.

2. Il diritto è produzione storica e locale. Nel ribadire questi caratteri, la breve storia del diritto di Herzog si situa in un rapporto di continuità con il *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, redatto intorno alla metà degli anni novanta da quel António Manuel Hespanha che Tamar Herzog considera senz'altro uno dei suoi maestri e interlocutori privilegiati⁽¹⁾. Eppure si tratta di due testi molto diversi e la loro lettura parallela ci aiuta a capire quali fossero e quali siano gli interlocutori più o meno espliciti degli autori, e in che modo abbiano dettato le diverse architetture dei libri. Il manuale di António Manuel Hespanha è una tessera importante in quel processo di avvicinamento tra diritto e storia sociale europea che era stato formalmente annunciato una decina di anni prima, dal volume della *Biblioteca* dedicato a *Storia sociale e dimensione giuridica*⁽²⁾. Il volume annunciava una svolta dopo decenni di fortissima diffidenza reciproca e di auten-

⁽¹⁾ António Manuel HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, Lisboa, 1997, trad. it. *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, il Mulino, 1999.

⁽²⁾ *Storia sociale e dimensione giuridica*, a cura di Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 1986.

tico ostracismo da parte della storia sociale nei confronti di una disciplina considerata come solo normativa. Basti pensare che, come ricordava Jacques Le Goff, ancora a metà degli anni Settanta, in quel momento di «rifondazione» della nuova storia sociale che era stato la pubblicazione dei fortunati volumi su *Faire l'Histoire*, (la cui eco aveva superato ampiamente i confini francesi) il diritto fosse totalmente assente dal largo ventaglio di discipline che erano identificate come suoi possibili interlocutori (economia, demografia, antropologia, scienze, arte, politica...). Nel numero dei *Quaderni fiorentini*, invece, Hespanha, Grossi, Clavero, Tomás y Valiente, Sbriccoli, Violante... discutevano con Le Goff, Caracciolo, Pavone, Julius Kirshner, Vivanti e molti altri storici intorno a affinità, incompatibilità o complementarità di temi, oggetti, metodi. Si trattava di «un tentativo di gridare sui tetti la verità ovvia ma troppo spesso sepolta o rimossa che il diritto — nella sua insopprimibile autonomia — è per ogni comunità un modo di vivere la propria socialità nella storia, un modo d'essere di una civiltà e di essa espressivo nella guisa più intensa»⁽³⁾. La sintesi di Hespanha è figlia di questo clima e lo arricchisce di un capitolo importante. I suoi interlocutori sono proprio quegli storici sociali con cui il dialogo si è fatto intenso. Ma non solo. La storicità che il libro rivendica («le soluzioni giuridiche sono sempre contingenti e connesse con un dato ambiente, in questo senso sono sempre locali» p. 11) iscrive il diritto tra i sistemi normativi che popolano l'universo occidentale dell'età moderna; probabilmente il più potente — ma non certo l'unico — «centro di energia» dotato di un potere istituzionale, e non solo regolativo della realtà sociale. Lo situa insomma in un nuovo contesto in cui convivono gomito a gomito una pluralità di produzioni normative che sono responsabili di quel pluralismo giuridico che per Hespanha è la cifra principale della cultura giuridica di età moderna. Di conseguenza, la storia del diritto è finalmente una scienza sociale tra le altre, in dialogo costante con altri saperi sociali; riannoda un dialogo con l'antropologia (gemello non monozigote, secondo Clavero), e in particolare quella di Clifford Geertz; scava e riassume i suoi rapporti con religione ed economia. La sintesi di Hespanha ha perciò come obiettivi polemici proprio quei principi che sono serviti a proteggere il diritto dal suo carattere storico e locale per legittimarlo come sapere atemporale: l'idea della sua sostanziale continuità, pure attraverso la discontinuità semantica; la sacralizzazione e la naturalizzazione; l'idea evolutiva del suo percorso. Il progetto generale è quella della ricostruzione di una storia culturale che, innervata dal diritto, innova profondamente i quadri interpretativi della storia sociale tradizionale.

(3) P. GROSSI, *Premessa*, ivi, p. VII.

Si tratta di un progetto nel quale tutta l'importante produzione scientifica di Tamar Herzog si inserisce. Ma nel caso della *Short History* il contesto in cui il libro nasce e la scelta degli interlocutori modifica, necessariamente, oggetti e metodi. Ancora una volta l'aneddoto con cui si apre l'introduzione è utile; il rapporto tra la studentessa di legge e la Magna Carta — che cosa pensi che questa rappresenti e che cosa l'abbia indotta a adottarne una particolare interpretazione — è uno dei motori per intraprendere il lavoro di denaturalizzazione. E poi, per la sua autrice, un'esperienza di insegnamento e professionale anfibia, condotta a cavallo tra facoltà di diritto e dipartimenti di storia, sia in Europa sia negli Stati Uniti, che l'ha costretta a interrogare l'assunto della pretesa radicale e incolmabile distanza tra *common law* e diritto continentale, e l'ha convinta invece della forte prossimità tra i due sistemi. Si tratta allora di metterli costantemente in dialogo, e di mostrare che, anche quando prendono differenti strade, « questo avviene in larga parte in risposta a sviluppi e pressioni analoghi. Suggesto inoltre che i percorsi intrapresi erano ispirati da una tradizione comune che forniva non solo gli interrogativi, ma anche gli orizzonti delle possibili soluzioni » (p. 6). Questo obiettivo e questi interlocutori dettano delle condotte di analisi; mentre nel caso di Hesperia, nel dialogo con i colleghi storici, si trattava di sciogliere il diritto all'interno delle scienze sociali, qui il rapporto con studenti di legge e colleghi giuristi impone di scendere sul terreno delle tecniche del diritto per sottoporle a un'analisi storica, contestuale e ravvicinata che permetta di interrogarne la logica sottesa e la più o meno grande originalità. Questa impresa di ricostruzione di una sostanziale continuità di problemi tra i due sistemi giuridici, si accompagna a quella, parallela, di integrazione della storia del diritto in Europa in una singola narrativa (che includa quindi l'Inghilterra); che tenga conto delle variazioni locali ma ne rispetti la profonda unità.

Un progetto così ambizioso richiede molte scelte e strategie. Dal punto di vista narrativo, quella di mettere costantemente in dialogo *common law* e diritto continentale e di intrecciarli nello sviluppo del racconto, interrogando i problemi affrontati e le soluzioni proposte. A un livello ancora più sostanziale, questo progetto richiede un'attenzione particolare a due aspetti: i processi di *qualificazione* che presiedono a ogni operazione giuridica, e le *procedure* di giustizia seguite dai diversi sistemi. Dei terreni « tecnici » che (e il paradosso è solo apparente) proprio in quanto tali, cioè elaborati per rispondere a problemi specifici sorti in specifiche situazioni locali, sono storicizzabili, e possono diventare luoghi di incontro tra analisi giuridiche e analisi storiche.

L'efficacia di queste strategie di ricerca si misura nel corso di tutto il libro; dall'analisi delle implicazioni della figura delle presunzioni, come straordinaria invenzione procedurale del diritto romano

che permette di realizzare un'economia della prova; alla ricorrente interrogazione sulla relazione che si instaura tra diritto «colto» e diritto consuetudinario in età moderna, e al peso, in questa qualificazione giuridica, di operazioni di affrancamento del diritto dalla tutela regia a profitto di altri attori (le comunità, la terra stessa ecc.). Un modo per mostrare quanto la qualificazione possa rivelarsi un'arma straordinaria nella competizione politica. Ma per Herzog non si tratta di affermare semplicemente che classificazioni o procedure siano al servizio dei poteri; ma — ed è ben più interessante — di mostrare come il movimento sia circolare, e di misurare quanto questi strumenti entrino nel gioco sociale, non soltanto riflettendo configurazioni esistenti, ma creandone di nuove.

Questo è vero, ovviamente, quando si misurino gli effetti delle qualificazioni giuridiche sul terreno politico, come appunto è il caso delle consuetudini che abbiamo appena citato. Ma è vero anche, e in modo più sottile, sul terreno della procedura; il suo rapporto ad un tempo con l'amministrazione e con la creazione delle norme. Un'analisi ricchissima è dedicata al sistema dei *writs* nel quadro della *common law* inglese; dapprima strumenti amministrativi — comunicazioni a persone «di fiducia» di una richiesta di giustizia — si trasformano progressivamente in mezzi per dare inizio al litigio; in procedure formali di incontro tra le parti; in strumenti che consentono — o interdiccono — ai litiganti di accedere a un tribunale regio; e, quindi, soprattutto, in vie attraverso le quali il re riesce ad allargare e rendere più pervasiva la propria giurisdizione. Infine, perfino, in luoghi di costruzione (non di applicazione) delle norme: «dando accesso alla corte e garantendo certe soluzioni in certi casi piuttosto che in altri, il re sostanzialmente modificò l'ordine normativo esistente» (p. 101). L'emissione di un *writ* da parte della cancelleria che consentiva a un litigante di proseguire la sua causa, aveva come conseguenza implicita il riconoscimento di un diritto. Diritti e obblighi stabiliti dalle leggi continuano ad esistere ma di fatto, dice Herzog, quando non erano sostenuti da un *writs*, diventavano inerti. Si tratta di una straordinaria inversione tra procedura e norma, che è spettacolare nel caso inglese, ma certo non unica.

L'attenzione a classificazioni e procedure che innerva tutto il libro crea nel lettore una sensibilità particolare a questo rapporto circolare. Ed è particolarmente efficace là dove permette di articolare la comparazione tra diritto continentale e *common law*. Per fare un esempio: i nuovi successi del processo inquisitoriale nel continente e, parallelamente, della giuria popolare in Inghilterra a partire dal XIII secolo, apparentemente forme antitetiche che dovrebbero riflettere la radicale distanza delle due culture giuridiche, sono invece, sottolinea Herzog, risposte a uno stesso e unico problema, la delegittimazione crescente dell'ordalia come strumento di prova, considerata ormai ir-

razionale e pagana. L'inchiesta assegna nelle mani del giudice il compito di stabilire l'esistenza del crimine e della sua sanzione; la giuria popolare e laica diviene l'assemblea preposta a questi stessi scopi con il risultato comune di sottrarre il processo al giudizio divino.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, a comprendere le trattazioni sul rapporto tra *ius gentium* e le diverse declinazioni del diritto naturale; o le trasformazioni introdotte attraverso le codificazioni. L'attenzione privilegiata a qualificazione giuridica e procedure consente all'autrice di affermare con decisione la sostanziale unità della cultura europea confrontata a processi e interrogativi analoghi. La specificità delle soluzioni è una declinazione locale (politica) di temi generali e largamente condivisi. In questo senso i due obiettivi del volume sono largamente raggiunti; la storicità del diritto e l'unità della cultura giuridica europea sono elementi complementari, invece che contraddittori. In coerenza con questa preoccupazione l'ultimo capitolo del volume, *A market, a Community, and a Union*, si interroga sulla possibilità della sopravvivenza odierna di questo progetto.

3. Se lasciassimo alla studentessa di legge un bilancio generale di quanto questo libro possa averle insegnato sul terreno specifico della lettura della Magna Carta, le risposte potrebbero essere molte, tra cui averle premesso di restituire quel documento a autori specifici, di cui ora sarà in grado di interrogare interessi e intenti; di questionare il rapporto esistente, nelle società del passato, tra privilegi e diritti; di misurare il peso della stratificazione delle interpretazioni nel tempo sulla nostra comprensione delle fonti; e al tempo stesso di mettere alla prova l'originalità effettiva di una cultura giuridica che ha fatto della sua unicità la principale fonte di legittimazione. Il bilancio insomma sarebbe quello, ricchissimo, di un salutare rovesciamento di pregiudizi e false conoscenze che riguardano insieme i terreni della storia sociale, della storia politica e della storia giuridica.

C'è però qualcosa che alla studentessa di legge sarebbe probabilmente sfuggito, che mi pare importante, e ci riporta a ciò che era al centro della sintesi di António Manuel Hespanha che abbiamo citato più sopra: il pluralismo giuridico che caratterizza le società europee del passato. Il termine, se non vado errata, compare appena una o due volte nel manuale di Herzog (nell'ultimo paragrafo delle *Conclusioni*, in riferimento alla situazione contemporanea), mentre nel corso di tutto il testo il riferimento alla varietà di norme che potevano regolare la vita sociale di una stessa località è indicato con il termine di «multinormativity». Questa varietà è intesa essenzialmente come il prodotto, necessario, di quei processi di unificazione del diritto che si sono succeduti nel tempo: «Diritto locale, germanico, canonico e romano coesistevano nell'Europa del primo Medioevo» (p. 58), proprio come conseguenza dell'espansione del diritto

romano e del diritto canonico; e, parallelamente, in età moderna la legge del re coesiste con i diritti dei signori locali e i diritti della Chiesa. Così come, potremmo dire, in situazioni coloniali, diritti locali si trovano a coesistere con i nuovi diritti imposti. Non è però questa accezione che restituisce in modo più preciso la multivocalità del diritto dell'età moderna. Ciò che Hespanha aveva messo in luce (con Cortese, Costa, ecc., e che viene ripreso oggi da parti importanti della storiografia americana, senza che — incredibilmente! — venga riconosciuta la genealogia della scoperta) era il legame con la *iurisdictio*, quella facoltà di dire il diritto «vista come dispersa nella società, non essendo la *summa iurisdictio* altro che se non il potere di rendere armonici i livelli più bassi della giurisdizione». È la società dei corpi che funziona seguendo un'autonomia «richiesta dall'esercizio della funzione loro attribuita nell'economia del tutto»⁽⁴⁾. Ora, questa forma di pluralismo giuridico, che fa parte del patrimonio di Herzog come si vede in tante delle sue ricerche, è relativamente assente invece in questo libro. Il diritto comune o quello canonico, hanno antagonisti in altri ordini normativi concorrenti (i vari diritti locali per esempio), ma non in quella facoltà, diffusa e dispersa, di dire il diritto, che *costruisce* autorità e potere in queste società moderne. Così, la *Short History* non lascia spazio a quella pluralità di giurisdizioni la cui presa in considerazione restituisce anche la frammentarietà dei corpi sociali; non vi è traccia per esempio delle giustizie per i poveri, i pellegrini e le persone mobili, o i miserabili in giudizio, o i rustici (cari a Hespanha), e neppure per la giustizia dei mercanti (e, a dire il vero tutto il terreno del rapporto tra diritto ed economia risultata assente). Il che risulta tanto più paradossale in un libro che, come abbiamo visto, fa della procedura una via di accesso alla comprensione delle logiche interne al diritto. Insomma, l'intrinseca conflittualità del panorama giuridico di *ancien régime* è sfumata nel processo unitario generale; la cui forza però avrebbe risaltato con maggiore vividezza se fosse stata iscritta in questo panorama straordinariamente frammentato.

In un punto, però questa complessità riappare, là dove piuttosto che come un modo di funzionamento, essa è vista ormai come una disfunzionalità che va superata. Le pagine sulla Rivoluzione francese e gli straordinari interventi introdotti, sono molto ricche. L'introduzione di una nuova legislazione deve passare non solo attraverso mutamenti importanti ma attraverso un autentico nuovo disegno della società. L'idea di una legge che possa essere applicata in modo (relativamente) uniforme, implica, ci dice Herzog, una «unificazione del soggetto legale» (oltre a una unificazione dei diritti di proprietà e

(4) HESPANHA, *Introduzione*, cit., pp. 43 e 42.

della sovranità). L'esempio del nobiluomo di antico regime, residente in città, membro dell'esercito, che, confrontato ad un contenzioso, avrebbe potuto far capo ad almeno tre differenti giurisdizioni, serve a presentare la pluralità del sistema di privilegi e diritti che caratterizzava quella società. Il nuovo progetto rivoluzionario implica l'invenzione di un singolo soggetto giuridico, edulcorato dalle sue specificità, decontestualizzato, per così dire, che possa essere così giudicato attraverso un solo ordine. Questo processo di unificazione è tanto più audace dal momento che, appunto, si accompagna ad un (tentativo di) unificazione dei rapporti proprietari, come sappiamo molto stratificati. Queste pagine sono appunto ricche, perché il progetto di unificazione del diritto viene iscritto sul terreno delle sfide che dovette affrontare; quelle, appunto di un pluralismo giuridico costitutivo della forma della società.

Si sarebbe potuto, forse, approfondire questo aspetto della unificazione del soggetto giuridico, un tema di straordinario interesse; e la via per farlo avrebbe avuto anche il vantaggio di colmare un aspetto della *Short History* che può lasciare un po' inappagati i suoi lettori, e cioè l'assenza di ogni riferimento al diritto criminale. Come hanno mostrato, non molti anni fa, alcuni lavori interessanti⁽⁵⁾, questo della creazione di un soggetto astratto di diritto fu un progetto che occupò quei pensatori illuministi che pensarono di intervenire direttamente nel cuore della discussione pubblica sul processo. La « comune umanità » in nome della quale Voltaire dichiarava di voler e di poter scendere in difesa del Chevalier de la Barre, era proprio quella costruzione astratta dell'uomo senza qualità, di cui si stava discutendo anche sul terreno del diritto civile; che meritava difesa non *nonostante*, ma *perché* non aveva garanti e reti sociali in cui essere iscritto⁽⁶⁾. La creazione della comune umanità implicava un rovesciamento esplicito e manifesto della difesa che era in vigore nel processo penale della Francia del XVIII secolo, bastato invece sul ruolo della reputazione, della fama e delle garanzie offerte dai comuni amici.

Questo accenno al diritto penale non vuole in nessun modo prestarsi al gioco del possibile elenco (facile e ridicolo allo stesso tempo) delle inevitabili assenze in un libro che invece è costruito su

⁽⁵⁾ E. CLAVERIE, *La naissance d'une forme politique: l'affaire du Chevalier de la Barre*, in *Critique et affaires de blasphème à l'Époque des Lumières*, J. Cheyronnaud, E. Claverie, D. Laborde, Ph. Roussin (dir.), Paris, Honoré Champion Éditeur, 1998, pp. 185-262.

⁽⁶⁾ VOLTAIRE, *Relation de la Mort du Chevalier de la Barre par M. Cassen, Avocat au Conseil du Roi, à Monsieur le marquis de Beccaria*, in ID., *Mélanges*, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1965, pp. 773-785.

scelte di percorso precise, ponderate e audaci al tempo stesso, come ho cercato di mostrare; ma suggerire che quella dell'intreccio tra diritto civile e diritto penale è una strada davvero fruttuosa. Tra i tanti apporti e tanti stimoli che suscita il ricchissimo libro di Tamar Herzog, figura anche questa dimensione ancora troppo poco praticata.

ANDREW FITZMAURICE

CONTINUITY AND DISCONTINUITY

Historians have conducted a vigorous debate in recent years regarding the value of *longue durée* accounts of their subjects. Proponents of the approach have argued that taking a long view assists in understanding what was at stake in historical change as well as better enabling us to link the past with the present and the future⁽¹⁾. Sceptics have pointed out that temporal constraints, or micro events, do not limit us from understanding issues of great importance⁽²⁾. Infinity, they argue, could be contained within a nutshell. These debates might have been illuminated by a greater appreciation that the kinds of historical subjects we wish to understand would help decide the question for or against the benefit of the *longue durée*.

European law is one subject in particular that is difficult to understand without the benefit of a broad perspective. How else can we understand the extraordinary salience of numerous Roman law concepts in European law over thousands of years? The concepts of imperium, dominium (in terms of property and sovereignty), the *ius gentium*, occupation, and just war, all have their origins in Roman law and all are central to European legal and political thinking over millennia. It is difficult to explain any of these concepts at any particular point in time without understanding that longer genealogy. Legal history has therefore been one field in which a *longue durée* perspective has been common. Having said that, law has frequently used history in order to support myths about contemporary legal

(1) Probably the most notable example has been David ARMITAGE and Jo GULDI, *The History Manifesto*, Cambridge, 2014.

(2) Deborah COHEN, Peter MANDLER, *The History Manifesto: A Critique*, in «American Historical Review», 120 (April 2015), 2, pp. 530-542.

doctrine⁽³⁾. In more recent years, legal history has adopted the contextual methodologies employed by intellectual historians more generally and has, accordingly, been more resistant to myth-making. Such contextual legal history has, inevitably, been charged with cutting the past off from the present⁽⁴⁾. When we write synchronically and prioritise the contextual understanding of a particular concept, such as *imperium*, it is difficult to explain its endurance over time, particularly if it has endured, albeit in radically modified forms, for two thousand years or more. If we write diachronically, we often prioritise continuity over context and lose the texture of the subject and, with it, not just the ability to explain historical change but also the different meanings that over time that can be disguised behind what seems to be the same terms. To take just one example, the term 'empire' was used by subjects of James I in England to refer to his sovereign authority in a manner that was very different from the signification that was used by subjects of Queen Victoria little more than two hundred years later. These tensions are extremely difficult to resolve and, for this reason, very few historians have successfully written studies that are simultaneously successful both synchronically and diachronically. Tamar Herzog's *A Short History of European Law* is one of the few accounts I could place in that category. She has managed to provide a *longue durée* account of European law that brings out discontinuity as much as continuity and anchors each episode it examines in a deep understanding of context.

Perhaps the defining theme of Herzog's book is the problem that, if we do not correctly understand the interplay of continuity and discontinuity, we risk radically misunderstanding the history of the law and falling for its myths. Moreover these relationships of continuity and discontinuity are never stable. I will use some examples from the book to illustrate my point. Herzog shows that late medieval English common lawyers claimed to work within a legal tradition that was largely separate from that which prevailed in Continental Europe, while, on closer inspection, in her analysis the English common law tradition proves to be a species of European *ius commune*. Ecclesiastical law and equity ensured that English law remained familiar with Roman law. Roman jurists were allowed to plead in common law

⁽³⁾ Randall LESAFFER, *International law and its history: The story of an unrequited love*, in *Time History and International Law*, eds. Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice, and Maria Vogiatzi, Leiden, Brill, 2007.

⁽⁴⁾ Anne ORFORD, *On International Legal Method*, in «London Review of International Law», 1 (2013), 1, p. 171; Martti KOSKENNIEMI, *Vitoria and Us: Thoughts on Critical Histories of International Law*, in «Rechtsgeschichte», 22 (2014), pp. 119-138.

courts, and judges regarded Roman law as a source of authority. While common law and *ius commune* were not ‘twins’, as Herzog puts it, they were ‘siblings’. Subsequently, she discusses the manner in which the seventeenth century English common lawyers claimed to work within the tradition of the ancient constitution while actually innovating by inventing that tradition. Similarly, American revolutionaries of the Thirteen Colonies claimed that they were working within a legal tradition continuous with the ancient constitution while they in fact established a radically new legal system. That system was radically new because its authority rested not upon ancient practices but upon a written constitution that was not customary, a Declaration of Independence, and a belief in the supremacy of reason, and ‘self-evident truths’ based in natural law, rather than tradition.

Finally, the politicians who legislated the Napoleonic Code pretended that it was revolutionary whereas it drew substantially on the legal practices and principles of the *ancien régime*, while, on the other hand, the promoters of the German civil code of 1898, the *Bürgerliches Gesetzbuch*, pretended continuity with national tradition but they also employed abstract and innovative reasoning. The medieval common lawyers were claiming to be different and innovative while the reality fell short of their claims — there was a greater continuity with the Continental *ius commune* than the discontinuity that they prided themselves upon. By contrast, the seventeenth century English common lawyers such as Edward Coke and Matthew Hale, and the American revolutionaries after them, claimed a degree of continuity with the past that was mythical. On the one hand, we have claims to discontinuity where there was continuity, on the other, we have a claim to continuity where there was discontinuity — these patterns are repeated throughout this narrative. There is a similarity in each instance, however, insofar as the historical claims of jurists prove to be artful.

Such a systematically artful discourse raises problems of interpretation. In the history of political thought — my own disciplinary background — we are accustomed to taking seriously the notion that people mean what they say^(?). There are powerful methodological reasons for doing so. Most historical myths are generated retrospectively: that is, they are created by thinkers in the present projecting ideas into the past that justify their presentist concerns. The best way in which we can debunk such myth-making is to reconstruct the con-

(?) Classic statements of this methodology are: Quentin SKINNER, *Meaning and understanding in the history of ideas*, in «History and Theory», 8 (1969), 1, pp. 3-53; J.G.A. POCKOCK, *Introduction: The State of the Art*, in ID., *Virtue, Commerce, and History*, Cambridge, 1985.

text of thinkers in the past to see whether the meaning of their statements really does confirm what subsequent generations, including our own contemporaries, have attributed to them. That process, however, is rendered more difficult when those actors in the past were themselves engaged in fictionalising their present and their own past. Taking seriously, therefore, the idea that such actors meant what they said means that we need to be very careful about construing the act of 'saying' in the broadest possible terms. This means re-establishing contexts for the most difficult kinds of interpretation which include evaluating irony, satire, differences between ideology and propaganda, and the artful discourses that Herzog has so expertly laid bare. This also means being able to master synchronic contexts to texts, including the political and social (something that historians of political thought and legal historians have been slow to include in the understanding of context), in order to understand the author's intentions, at the same time as mastering the diachronic contexts in order to be able to evaluate the author's own historical claims⁽⁶⁾. We might also include future contexts in order to embrace the unintended consequences of the author's meaning⁽⁷⁾.

Understanding such continuities and discontinuities correctly would help us, at least, to be able better to grasp the present and future of our own legal and political world. History is more useful for understanding the present when the past has not already been collapsed into the present. Herzog is acutely conscious of this interplay between present and past and it is in this direction that the book inexorably leads us. We move through the development of the *ius commune* in medieval and early modern Europe, after a virtuoso account of its foundations in Roman Law, through to the rise of legal nationalism following the French Revolution which appears paradoxically to have been in part inspired by the universalism of the Enlightenment. Herzog then shows the search for a new universalism following the Second World War was realised in the European Union and more recently growing pressures of globalism. She concludes, however, by questioning whether beneath, and perhaps contained within, harmo-

⁽⁶⁾ On the need for intellectual historians to pursue a broader understanding of context, see: Samuel MOYN, *Imaginary intellectual history*, in *Rethinking modern European intellectual history*, eds. Darrin M. McMahon and Samuel Moyn, Oxford, 2014, pp. 112-140; William SEWELL, *The logics of history: Social theory and social transformation*, Chicago, 2005; Chris BAYLY, *The birth of the modern world, 1780-1914*, Oxford, 2004, p. 284; Quentin SKINNER, *Motives, intentions, and interpretation*, in *Id.*, *Visions of politics. Volume 1*, Cambridge, 2002, pp. 90-102.

⁽⁷⁾ Reinhart KOSELLECK, *Futures Past. On The Semantics of Historical Time*, New York, Columbia University Press, 1979.

nisation will arise new desires for an ‘extreme legal pluralism’ driven by the multiplicity of normative orders other than the state (giving us another *ius commune*?) as well as recognition that there is no universal subject.

I have, however, galloped ahead, and I believe that to find solutions to these questions one needs to return to the mid-point of Herzog’s narrative. This is the point at which she explores the interplay between law, the creation of the modern state, and the move to European expansion and empire (in the sense of the term ‘empire’ that signified something beyond authority within a realm). Herzog describes a process whereby theologians, including Francisco de Vitoria, and jurists such as Hugo Grotius, sought to ground law in nature and therefore on universal principles. Of course, this meant that they simply extrapolated from their own culture’s sense of what is natural in order to establish universal principles. Nevertheless, as Herzog points out, this sense of universal laws and their imposition upon much of the globe through the process of expansion created much of legal reality of the modern world, including, amongst other things, the law of nations and subsequently international law. Martti Koskenniemi has persuasively argued along similar lines that, regardless of their own views on the justice of the overseas expansions, Vitoria and his compatriots in the School of Salamanca extrapolated three principles from their natural law assumptions that provided the legal structure of European empires⁽⁸⁾. The first of these was the *ius gentium* itself; the second were the dual senses of *dominium* as both property and sovereignty which, by virtue of the first principle of the *ius gentium*, were believed to apply in all human societies; and the third was *ius ad bellum*, which licensed Europeans, in their eyes, to impose, also through the *ius gentium*, the principles of *dominium* upon all territories that Europeans encountered. There is no question that that combination of principles provided the legal architecture for expansion.

Such an account, however, nevertheless still leaves us searching for the reasons and motivation for expansion. Making something legally possible does not mean that it will happen, no matter how much it oils the machinery. Here, I believe Grotius is again a key figure. Herzog points out that Grotius sought a non-theological basis for his natural laws and, in this respect, he distinguished himself from his predecessors, including Vitoria. He made the notorious observation in *De Jure Belli ac Pacis* that his theory of natural law would be valid ‘even if we should concede that which cannot be conceded without the utmost wickedness, that there is no God, or that the affairs of

(8) Martti KOSKENNIEMI, *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*, in «University of Toronto Law Journal», 61 (Winter 2011), 1, pp. 1-36.

men are of no concern to him' ⁽⁹⁾. For Grotius, the basis for human behaviour was self-preservation and, therefore, he distanced himself from Vitoria's Thomist notion of human sociability based upon mutual affection or love. For Grotius, what drew humans into society was, at least in part, mutual fear and the desire for protection. This has been described as the unsociable theory of sociability.

There had been almost a century of extraordinary religious conflict in Europe between Vitoria lecturing on these questions and Grotius writing about them, and that conflict would deepen in the Thirty Years War during Grotius's own lifetime. Such violence not only between but within communities had eroded the belief that society was formed by bonds of mutual affection. Grotius commented upon this shift in *De Jure Praedae* in a remarkably cynical observation in which he conceded that love was the bond that held society together but he attributed love to self-interest. 'The old poets and philosophers', he wrote, 'have rightly deduced that love, whose primary force and action are directed to self-interest, is the first principle of the whole natural order'. He simultaneously, therefore, acknowledged the ancient theory of sociability while recasting it in terms of self-preservation and self-interest ⁽¹⁰⁾.

While Grotius was writing in a legal tradition which had been formed by theologians and scholastic authors, his acknowledgement of the power of self-interest was drawn from his humanist education. A generation before Grotius, sixteenth century humanists, including Justus Lipsius and Michel de Montaigne, had brought into question the theory of human sociability based upon mutual affection. In particular they questioned the earlier humanist assumption that virtue should guide our actions in communities held together by such bonds. On the contrary, they argued, in a society governed by violence and force, subjects should look first to their survival. Grotius seized self-preservation as the first of his natural laws, radically revising Vitoria, and it became the first principle in justifications for the behaviour of states in the *ius gentium* through to the nineteenth and twentieth centuries. Indeed, Grotius had identified more than a feature of the *ius gentium*, he also had explained the fundamental motivation for the behaviour of states in the society of nations generally. When states saw their highest purpose to be self-preservation — a Machiavellian imperative — they were faced with the question of how to preserve themselves. To answer that question, Grotius tur-

⁽⁹⁾ Hugo GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, Carnegie Endowment, 2 vols., Washington, 1913, vol. 2, p. 13 (*Prolegomena*, p. 11).

⁽¹⁰⁾ Hugo GROTIUS, *Commentary on the law of prize and booty*, ed. Martine Julia van Ittersum, Indianapolis, 2006, p. 21.

ned again to late humanist thought: namely, to the doctrine of *grandezza* or greatness, articulated by Giovanni Botero, in particular, in Grotius's youth. Grotius accordingly argued that the Dutch, in order to preserve their state, were justified in doing anything that was necessary to expand the state through overseas enterprises in order to obtain the resources it needed to ensure that it prevailed in its struggle for survival with the Spanish (and Portuguese) (11). This vision of international society was shared at least in part by Thomas Hobbes who described states in the society of nations as 'in the posture of gladiators' facing off against each in an arena (12). This was the struggle of all against all in the state of nature.

The notion that law permits us to take what is necessary for survival enabled Grotius also to redefine property. For Vitoria, property arose from occupation and to occupy was to seize, but to seize could, he argued, be simply seeing a thing (13). Grotius agreed that occupation was seizing but he argued that to seize means to use because it is use that enables us to exploit resources for survival (14). He thereby uniquely revised the understanding of what is just in terms of what is useful. Classical moral philosophers, notably Cicero, were deeply concerned by the tension between what was honourable and just, on the one hand, and what was expedient upon the other but they always concluded that in all such tensions the honourable and just must prevail. Machiavelli turned that formula upside down and argued that it was sometimes necessary to pursue expedience above justice in order to survive. Grotius, however, resolved the tension by arguing that what was expedient, or useful, was just because it tended to survival and self-preservation was the first law of nature and therefore the foundation of all that is just. Grotius, Locke, and numerous colonial pamphlets accordingly declared that it was justifiable to seize what was necessary for survival. Such claims were generally accompanied with an anthropology which declared that the people who inhabited the lands that were to be seized had not exploited its potential and had therefore not established ownership over it. John Donne, the Dean of St Pauls, argued in 1622, however, that it could even be justifiable to seize the property of a land that was 'peopled, and cultivated by the people', that is, the land or goods of a people in a civil society, if 'that Land produce in abun-

(11) *Ibid.*, p. 10.

(12) Thomas HOBBS, *Leviathan*, ed. Richard Tuck, Cambridge, 1991, p. 90.

(13) FRANCISCO DE VITORIA, *On the American Indians*, in ID., *Political writings*, eds. Anthony Pagden and Jeremy Lawrance, Cambridge, 1991, p. 250; Andrew FITZMAURICE, *Property, Sovereignty, and Empire 1500-2000*, Cambridge, 2014, p. 45.

(14) GROTIUS, *Commentary on the law of prize and booty*, cit., p. 24.

dance such things for want whereof their neighbours, or others (being not enemies), perish'. In such cases, he declared, 'the Law of Nations may justify some force' ⁽¹⁵⁾. Law derived from self-preservation in the struggle for survival in a 'society' of states that inhabit an at least partly-violent state of nature thus became the engine for European expansion.

It is important to note that this theory of survival was elaborated by Grotius and his successors in the context of the society of states, in particular, rather than other sovereign bodies. The corporate state was unified and indivisible, and that quality established its individuality, as opposed to the layered and fractured nature of medieval sovereignty. That individuality uniquely qualified the state for the struggle for survival in the gladiatorial arena that Hobbes described. It has frequently been observed that the process of forming a state, whereby a multiplicity became a sole entity, in turn triggered further expansion beyond the borders of the realm ⁽¹⁶⁾. One reason for that momentum was that, once formed as individuals, such states were drawn into a competition for resources and were fearful of each other's power. This then is a further layer of motivation for expansion that European sovereigns acquired in the century after Victoria wrote and which was articulated by the seventeenth century natural law writers.

As Enlightenment authors emphasised, and even Grotius recognised, individuality was a complex thing. For Rousseau, the concern with self-preservation mutated into self-perfection. To preserve *and* to perfect ourselves, Enlightenment authors argued, we must not be only in competition with others, we also need their assistance because no person is complete in her or himself. Accordingly, Grotius had observed that God had 'judged that there would be insufficient provision for the preservation of His works, if He commended to each individual's care only the safety of that particular individual, without also willing that one created being should have regard for the welfare of his fellow beings' ⁽¹⁷⁾. The reason for this necessity to regard and love others was not natural affection, or not affection alone, but because we cannot be complete by ourselves, nor can our fellow creatures be complete without us. Such mutual dependence

⁽¹⁵⁾ John DONNE, *A Sermon upon the VIII verse of the I Chapter of the Acts of Apostles Preached to the Honourable Company of the Virginian Plantation*, London, 1622, p. 27.

⁽¹⁶⁾ David ARMITAGE, *Ideological Origins of the British Empire*, Cambridge, 2001; Elizabeth MANKE, *Empire and State*, in *The British Atlantic World, 1500-1800*, eds. David Armitage and Michael Braddick, Basingstoke, 2002.

⁽¹⁷⁾ GROTIUS, *Commentary on the law of prize and booty*, cit., p. 24.

was also evident, he added, in the ‘lower animals’ and even in ‘inanimate objects’. It is necessary for us as human beings to recognise, therefore, that to achieve our own preservation or perfection, we must pursue the preservation and perfection of others.

In this theory of mutual dependence, I believe we find the second motivation for European expansion. In the first case, we see Europeans such as Grotius arguing that expansion was necessary to the preservation of the state in the brutal environment of the society of nations. And in the second instance, we see that the survival of the state could also demand more than the seizure of resources through the extension of imperium. It would also require the pursuit of the preservation and even the perfection of others. The presence of this second argument is important because it reflects one of the most common claims Europeans made in the projection of their power, and their law, throughout the globe: namely, that they were pursuing the good of the societies they encountered as well as their own good. Such arguments could take various forms, including the claim that the second coming of Christ would not be possible until scripture had been preached throughout the world and, notably, the common claim to be pursuing a humanitarian mission in improving the lives of non-European peoples⁽¹⁸⁾. A more recent variant of that claim may be found in the Responsibility to Protect doctrine, or R2P.

The idea of human perfectibility applied as much to states as individuals, that is, to artificial persons, as it did, and does, to ‘natural’ persons. In pursuing the perfection of themselves through the perfection of others, European states have not just endeavoured to ‘improve’ the lives of natural persons in their empires but also the artificial persons of non-European nations upon whom, to that end, they imposed their laws, including the law of nations. It was for this reason, for example, that Dudley Field, who Herzog observes led efforts to codify law in the United States, also subsequently led the effort to codify the law of nations. He established the Association for the Reform and Codification of the Law of Nations in 1873, and also called for the inclusion of ‘Oriental’ nations within international society⁽¹⁹⁾. It was not enough to perfect one individual, through legal codification of the United States, without perfecting the others: that is, through universal codification.

(18) Andrew FITZMAURICE, *Sovereign Trusteeship and Empire*, in «Theoretical Inquiries in Law», 16 (2015), 2, pp. 447-471.

(19) David DUDLEY FIELD, *De la possibilité d'appliquer le droit international Européen aux nations Orientales*, in «Revue de droit international et de législation comparée», 7 (1875), p. 659.

These visions of preservation and perfection were driven by the early modern discourse of the individual as an aggressive rights bearing subject who enters into a contract to establish the state in order to survive (as for Hobbes) and to flourish (as for Locke). The state this vision established was itself conceived as an individual with similar rights inhabiting a similarly dangerous society in which it must seek its own protection. The project of perfection was an extension of those fundamental premises. It is true that this highly individualistic understanding of subject and state has been in tension with universal and cosmopolitan projects since the Enlightenment. It may, however, even be the case that some of that universalism is itself a product of the search for perfectibility that arises from self-preservation. As long as our legal and political thought is formed by this history it is difficult to imagine how the European project, which Herzog discusses at the end of the book, or broader global projects, will surmount liberal individualism. This book was completed before Brexit, but with the benefit of hindsight it is clear that the move to a commonality between European law and English law (p. 241) has been brought to a halt and reversed. Broader tensions are apparent within the European Union since the Global Financial Crisis and most recently in seeking a common approach to an unprecedented public health emergency. The retreat from Globalisation is reflected in the elections (or impositions) of nationalist governments throughout the world and is driven by a significant proportion of constituencies believing that they had not benefited from closer ties and lower barriers to the movement of goods and people. The tide appears to be going out on commonality and presumably upon a new *ius commune*. Rather than seeing pluralism flourish within a *ius commune*, it seems likely that we are retreating into a new nationalism underwritten by liberal individualism. Historically, nationalism has frequently been associated with the promise of liberty — liberty of both the natural subject and the artificial subject of the state. By contrast, the universal aspirations of projects such as the European Union create the impression, if not the reality, that they are remote from individual liberty. The promise of freedom in the French Revolution was also tied to a strong attachment to the nation. The figures who championed liberty in the nineteenth century — including Kosuth, Heinrich von Gagern, and Garibaldi — were also champions of nationalism. In the twenty-first century, it still remains to be seen whether the concept of freedom, or a particularly individualistic variant of it, can be disentangled from the unified subject (or unified legal subject, as Herzog puts it) and indivisible sovereignty. Accordingly, the pursuit of the self-preservation, and self-perfection, of both subject and state may continue to resemble empire more than cosmopolitan community.

TAMAR HERZOG

ON THE ROLE OF HISTORY IN THE PRESENT

In 2016 I was asked for the first time to respond in writing to several comments on a monograph I authored, *Frontiers of possession* ⁽¹⁾. Not quite sure what to do, I ended up with a ‘mid-career confession’, in which I answered some of the issues raised by the commentators, but also took advantage of the opportunity to reflect on questions of methodology, intent, and, more generally, history ⁽²⁾. I would not bore the readers of *Quaderni fiorentini* with repeating this exercise. However, to respond to the comments here (and elsewhere), I would like to proceed, perhaps less with a confession than with a (secular) *auto de fe*.

Historians are a varied crowd and each one of us sees his or her role differently. Some wish to study forgotten actors or reconstruct forgotten narratives or events. Others strive to uncover rules that would enable to predict the future. I adopted as my goal the ambition to reconstruct the uncertainties of the past and describe the discussions that haunted contemporary actors. Rather than looking for lessons to learn, I want to propose a laboratory for experimentation, where asking questions would be as important, perhaps even more important, than finding answers. By centering on the questions, not necessarily the answers, I hope to uncover the indeterminacy of the past and the plurality of options that had existed and may still exist at the present time. For me, wondering ‘how we got here’ is much less intriguing than imagining what we have missed in process. I focus on the haphazard, surprising, and entangled manner by which developments took shape, not on clear, nor foretold genealogies. I wish to facilitate conversations by provoking the curiosity of readers and by encouraging them to ask additional questions ⁽³⁾.

(1) Tamar HERZOG, *Frontiers of Possession: Spain and Portugal in Europe and the Americas*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2015 (also available in Spanish, Portuguese, and Brazilian translations).

(2) *A proposito di “Frontiers of Possession” di Tamar Herzog*, in «Quaderni storici», 152 (2016), 2, pp. 563-587. My response is on pp. 583-587.

(3) I am very grateful to the reviewers of the book who noticed (and approved) this wish, for example, Joe SAMPSON, in «The Cambridge Law Journal», 78 (2019), 1, pp. 224-228; Caitlin HUNTER, in «Law Library Journal», 111 (2019), 3, pp. 446-7; Anna FAKTOROVICH, *Three Millennia of Legal History Asks: Why Are We Still Doing*

Vastly different than all my previous books⁽⁴⁾, which were archival based, in the book under discussion, I used the work of others. I surveyed the available literature in order to reconstruct what we know and what we don't, and which questions we can pose to existing narratives. This implied that, more than ever before, I depended on others. Building on the accomplishment of hundreds of scholars, whose work I read and whose lectures and seminars I attended, I tried to build bridges between their scholarship and mine by examining where they agreed and where they diverged but mainly by asking how their work would change if and when we inserted it in a longer and wider perspective. How would we view the canonical literature on English common law if we knew more about developments in the continent? How would our understanding of the French Revolution be modified if we considered what had transpired in Europe during the early modern period, and in the thirteen rebellious English colonies in North America as they transitioned to independence? How did French and German legislators mediate the need for a local law while also aspiring for a universalism based on reason? How were tensions between certainty and flexibility played out in different parts and moments? How can one trace the multiple contexts in which the same text was read and re-read and consequently given a radically different usage and meaning? When did contemporaries stop observing the original document or doctrine and began referencing it mainly by upholding what a long succession of interpreters had said?

Playing this game of scales, perspectives, and temporalities necessarily meant that I was drawn to certain things but not others. I was limited by what existed in the literature but, even more so, I was limited by the desire to establish conversations. Some commentators noted that I missed engagement with a certain place, period, or subject dear to their heart. Spaniards wanted additional information about Spain. Nordic scholars wanted their history considered. Historians of the twentieth century rightly remarked that I said nothing about fascism. But, as far as I was concerned, the real question was not if certain countries, moments, or events were included — there is

That?, in «Pennsylvania Literary Journal», 11 (2019), 1, pp. 35-37; David LIEBERMAN, in «Journal of Modern History», 92 (2020), 1, pp. 145-6.

(4) Tamar HERZOG, *Mediación, archivos y ejercicio: los escribanos de Quito (siglo XVII-XVIII)*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1996; ID., *Ritos de control, prácticas de negociación: Pesquisas, visitas y residencias y las relaciones entre Quito y Madrid (1650-1750)*, Madrid, Fundación Hernando de Larramendi, 2000; ID., *Defining Nations: Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, New Haven, Yale University Press, 2003; ID., *Upholding Justice: State, Law and the Penal System in Quito*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2004, and *Frontiers of Possession*.

an endless number of things that could and were not — but whether their inclusion would have changed the questions asked and the developments portrayed in some meaningful ways. For example, was the reception of *ius commune* in these areas, which I did not discuss, substantially different than its reception elsewhere, not in details and chronology, but as far as the dynamics that this reception entailed? If not, there was no compelling reason to include them. If I dedicated more than the usual attention in most books of European legal history to *ius gentium* it was because its elaboration and its assimilation to natural law had enormous consequences for European law in and of itself and not only for its projection abroad. So did the French revolution, which had played a major role in the development of law in Europe, much more than it is traditionally credited for.

All historians choose what to include and what to omit, and those who write about particularly large or lengthy subjects choose even more. How we choose depends on what we wish to accomplish. As I have already confessed in the past, none of the examples I study is necessarily important, yet none is trivial⁽⁵⁾. I choose the samples that represent the largest possible array of situations and cases and that best illuminate the complexities of the past. The more canonical the example, the more I am drawn to rethinking it anew. This was what drew me to inquire about the relations between English and continental law. In and of itself, these relations may not be central to the development of law in Europe. After all, if one wanted, one could easily tell the story of European law without considering England, as most books of European legal history in fact do. Yet the hegemonic meta narrative about how different the two systems are, indeed how incompatible, was for me the best reason to examine if this was the only possible narrative and whether the history of law in Europe could be told by integrating both in a single account by highlighting not only their differences but also their striking similarities.

My main concern was not representativeness nor coverage but displaying diversity and variations and examining some of the basic narratives, which we hold dear. I wanted to denaturalize these narratives and ask about their historicity. To make this possible, I did not inquire about what happened in every European territory. Instead of ensuring coverage, I jumped from place to place, time to time, speaker to speaker, actor to actor, looking for moments of transition, debate, and innovation that I could link together. For example, examining customs led me from Roman jurists, to canon law experts, Italian *ius commune* jurists, German territories, French Humanists, French Monarchs, seventeenth-century England, and nineteenth-cen-

(5) *A proposito di "Frontiers of Possession"*, cit., p. 584.

tury Germany. Of course, customs also existed elsewhere, but the cases I selected best magnified the processes I wished to uncover, showcasing the surprising ways by which customs were used and deployed over time.

The European law I studied was not the sum total of national histories. Instead, it aimed to knit a web throughout time, places, and continents showing both commonalities and local variations. It was global not because it affected non-European territories (which it sometimes did) but because it was born and developed across borders and, on occasions, Oceans. At stake was not the wish to affirm that European law was projected throughout the world. We all know that it was. From that perspective, the observation that international law as we know it today is largely a European product seems trivial to me and many wonderful historians have explained how this came about⁽⁶⁾. I had dedicated other books to examine what happened to European law once it crossed the Atlantic⁽⁷⁾. What I wanted to describe in *A Short History of European Law*, instead, and what I found most fascinating there was not the projection of European law overseas, which was the consequence of European hegemony, but how European law fashioned itself in ways that enabled this projection, and how it had mutated as a result. Of course, other parts of the universe changed as well, but this I left to other historians or future books.

European law as I saw it was global also in another sense, because some of the discussions, which affected its development, were born out of engagement with overseas territories. On occasions, these discussions took place in Europe, as with the rightly celebrated School of Salamanca, but others took place across the seas. The changes introduced to European (and English) law by the rebellious 13 colonies in North America are for me important because they changed the way Europeans thought about their law. It was in the aftermaths of this rebellion that Europeans began adopting written constitutions that included bills of rights. Of course, these developments were not the result of an autochthonous American way, but instead were in dialogue with what was transpiring in Europe and were determined by how relations between Britain and its colonies evolved. They could well have happened first in Europe — the ground was certainly ready for them — but they did not. In other words, developments in the thirteen colonies were for me both a point of arrival and a point of departure and it was in this sense, and only in this

⁽⁶⁾ Anthony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge and NY, Cambridge University Press, 2005.

⁽⁷⁾ Supra note 4.

sense, that I viewed them as an essential component of European legal history.

If this book was different than my previous books because I depended on the knowledge, expertise, and generosity of hundreds of scholars who wrote in seven different language, it was also different because it was born out of over twenty years of teaching legal history in both history departments and law schools, in both Europe and the Americas. This experience, rather than empowering, was usually humbling. I believe students teach us much more than we usually care to acknowledge and certainly more than they will ever know. They teach us what is unknown or incomprehensible but, first and foremost, they show us what we take too easily for granted, and where we make unnecessary short cuts. They also force us to think about narratives and how we select the temporal, geographical, and thematic scope of what we wish to convey. They allow us to experiment with how to couch our questions at the right level in order to make them sufficiently concrete without losing sight of what we want to ask. From this and other experiences I came to realize that, although we present our works as monologues, they are by definition the result of a constant dialogues with both people and texts. Answering Hornero, it is in this way that teaching had been useful to me, and it is in this way that I hope the book would be too. Hornero is therefore right that *A Short History of European Law* (as all my previous work) is both a study of the past and a study of the histories that have been written about it (the history of the history, to cite his words). The Magna Carta, which I mention in the introduction to the book, is not the only case of a text being interpreted and re-interpreted again and again. This is true of all texts, history books included. I use the works of others to ask my own questions, because I treat the existing scholarship as I would the Magna Carta and as jurists and actors had, for hundreds of years. History is alive because we keep on posing to it new questions and because we read the same sources and the same books constantly anew.

Back to law, the first point, which I wanted readers to consider was the possibility that the struggle over who would control the normative order may well be one of the greatest, longest, and most important battles in history. This struggle involves the question who would identify the relevant sources and authorities and who would have the capacity to tell the law. Thought this battle is perhaps bitterly evident in present-day USA as the (Federal) Supreme Court is often viewed as a political rather than a nonpartisan instance, it has rarely featured in our understanding of the past, most particularly, pre-democratic past. Yet, law is an amazing resource that is constantly contested, created, and changed. It assigns meaning to certain words and undertakings that actors can recognize, understand, capita-

lize on, and fight over. Because it enables meaningful communication, the ability to control the law is of supreme importance. At stake are not only discussions regarding the adoption of particular rules — which we know actors usually battle over — but first and foremost in importance is identifying the decision maker and the process by which decisions are taken. As *ius commune* jurist already noted many centuries ago, our actions can be consequential only as long as society attributes to them a particular significance. How society perform this task is an incredibly critical question, which we must ask ourselves. How is law justified? Who decides what it suggests or orders and which are the procedures by which this decision-making takes place?

If the struggle over controlling the law has often escaped our attention, so did the importance of procedure. It is easy to see why substantive solutions matter: why the decision to allow freedom of contracts, or to make a certain behavior punishable, is consequential. Yet, procedure is an incredibly powerful tool that often transforms the ‘how’ into a ‘what’. The clearest example is of course the evolution of the English common law, which Cerutti mentions in her comments, but this is also true with regard to ancient Roman law, where access to the courts defined what people could or could not do legally. The same goes for early modern Europe. Take for example immemoriality. Immemoriality was born as a presumption, that is, a procedural measure meant to facilitate proof. It dictated that certain things (considered immemorial) could be presumed to be true without having to prove them first and even despite the existence of evidence to the contrary (it was a presumption identified as *juris et de jure*). Yet, overtime, immemoriality came to mean the same as ‘old’ even ‘ancient’. Thereafter, a rule about proof giving in court meant to facilitate adjudication, enabled actors to argue what customs — an incredibly powerful source of substantive norms — were like. Paradoxically, it also allowed imagining customs as both ancient and as constantly evolving.

The second point that was crucial to me, which both Cerutti and Fitzmaurice brought up, was the conclusion that, under the guise of continuity, law constantly changes. Legal ideas, doctrines, understandings, and institutions are like moving sands: they appear on the onset as permanent, but they are in constant motion. Most jurists tend to deny that they innovate unless they are revolutionaries and, in these cases, tend to stress innovation even when they sometimes allow for none. But, regardless of what they state, law constantly evolves as actors interpret and re-interpret the past to fit the requirements and needs of the present. This does not imply that their statements are false or in any way ingenuine (though some probably are). There is a saying that it is hard to change the present, and hard to change the future, but it is certainly possible to change the past. This is true to-

day, as much as it was true for contemporaries who looked to that past to find in it guidance to the here and now. Which parts of the past are selected matters, but as essential is how what is selected is interpreted and inserted. However strategic actors may attempt to be, as the sources they use are placed in new contexts, as new actors add their input, and as the basic premises change, so does the meaning and function that are attributed to these sources. This is a process, which is hardly controllable, let alone predictable.

Returning to my previous example, customs, we know, were reinvented by Roman jurists to explain the variations between Roman law as it was implemented in the different parts of the empire. This use was ingenious, but it had very little to do with how ancient Romans or medieval jurists thought about customs. For medieval jurists, customs were communal norms that predated conflict resolution, yet displayed sufficient commonalities to be distilled into a *ius commune* that explained their logic rather than traced their exact instructions. The more difficult it was for jurists to sustain this fiction, the more they allotted importance to customs by elevating them to the status of immemorial, which admitted no rebuttal. With the emergence of states, customs became building blocks of larger polities and thus received a new role. As they became a potential weapon for both incorporation and resistance, a greater emphasis was placed on their supposed authenticity, durability, and immemoriality. They became a symbol for a particularism that rejected a universal (or at least a potentially universalizing) Roman law in favor of a local French, German or, why not, English law. Discarded in the eighteenth century as remnants of a dark past, by the nineteenth century, customs became identified with the lower rural classes. Those seeking to uncover them accused themselves of being too cosmopolitan and insufficiently authentic. As a result, to find out what their true customs were, nineteenth-century jurists no longer observed themselves but instead performed tasks as ethnographers. Though all these developments could be explained, none of them could have been foretold and none of them was inevitable. They all built on the past, but they all betrayed this past by making it dramatically different. And, while the term used was always the same («customs») and insistence was placed on longevity, it is quite clear that what was meant by customs, how they were imagined, what they included, and which was their importance constantly shifted according to circumstances of place, time, and actors.

A Similar conclusion could be reached regarding sociability, which Fitzmaurice so beautifully discusses in his text. Grotius is often credited with relying heavily on Vitoria. But what is most interesting is not that he does, but how he does. As jurists did with customs, Grotius' humans were still social as Vitoria's, only that they were so-

cial in a radically new way. While Grotius proceeded in this direction, English readers of the School of Salamanca instead turned Vitoria's (and his colleagues') argument upside down by using their discussions, elaborated in order to extend protection, to justify dispossession, as Fitzmaurice masterfully shows⁽⁸⁾. Therefore, the real question is how to reproduce the *longue durée* and the larger perspective, which these inquiries require, without forgetting both local specificity and change over time. Or, as Fitzmaurice describes it, how to analyze things both synchronically and diachronically.

As law changes, so does the community. Cerutti is right to insist on the importance of jurisdiction. That medieval and early modern law revolved around the ability the «say the law» (*iuris-dictio*)⁽⁹⁾ has been a central point in the writing of many distinguished European historians since the late 1960s, long before the 'rediscovery' of jurisdictions by historians of empire⁽¹⁰⁾. Cerutti is also right that I mention this important factor mostly by studying when and how it ended (and the importance of it ending to European legal history) rather than by describing how and why it emerged. Perhaps mine is the bias of an early modernist who, despite best intentions, takes some things for granted but, thinking about jurisdiction in the chapters dealing with the middle ages and the early modern period would have certainly enriched the narrative. Observing particular jurisdictions would have help explaining, for example, why we can think of foreignness not as a status but as a condition that could be applied equally to orphans, widows, minors, merchants, and the poor, all of whom lacked local insertion, as Cerutti skillfully shows⁽¹¹⁾. Indeed, until the French Revolution (and perhaps beyond), European societies were plural rather than singular, and so were their authorities and laws. Plurality was not restricted to religious, ethnic, or cultural differences (as historians of empire often assumed) but instead permeated society and was embedded in the very nature of the early modern state, which

⁽⁸⁾ Andrew FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 59-84.

⁽⁹⁾ Pietro COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giurispubblicistica medievale (1100-1433)*, Milan, Giuffrè, 1969.

⁽¹⁰⁾ On this point see my forthcoming *Legal Pluralism*, in *A Companion to the Legal History of Latin America*, Matthew Mirow and Víctor Uribe eds., Leiden, Brill, and *Latin American Legal Pluralism: The Old and The New*, in «Quaderni fiorentini», 50 (2021).

⁽¹¹⁾ Simona CERUTTI, *Giustizia sommaria. Pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime (Torino, XVIII secolo)*, Milan, Feltrinelli, 2003, p. 41; Id., *Étrangers. Étude d'une condition d'incertitude dans une société d'Ancien Régime*, Paris, Bayard, 2012.

was a «jurisdictional state»⁽¹²⁾. This state, rather than a unitary structure headed by a king as nineteenth-century thinkers imagined it to have been, was a conglomerate made of a plurality of republics, that is, communities, each with its own (relative) autonomy. Public authority was diffused rather than concentrated, because it was divided among the various corporations. The king was an arbiter and a mediator, his duty mainly consisting of resolving conflicts between the various communities with the aim of guaranteeing social harmony. Government was jurisdictional in the sense that its main task was, literally, to *iuris-dictio*, that is, to both announce and apply the law.

The study of processes of legal permanence and change, though utterly fascinating, leaves us short of understanding why actors pursued certain goals, for example, empire. Legal history, I believe, is not well suited to answer such questions. Law is an instrument that people use in their efforts to obtain specific outcomes⁽¹³⁾. It structures and modifies the way actors proceed, but it does not define the purposes they pursue nor can it guarantee specific results. Because it enables and structures communication, in practice, it may allow for certain things and discourage others. Legal history can trace these attempts to implement, justify, or legitimize particular results but, while it can explain how change happened, to understand why actors desired change one would have to look elsewhere.

To return to the present, though current conditions combined with a strong ideology of individual self-preservation may indeed lead — as Fitzmaurice fears — to a retreat from universalism and globalization as already evidenced by the rise of nationalism, Brexit, and the closing of borders, nonetheless, as happened in the past, none of these responses is inevitable. If history has a lesson to teach us, if we are to learn from it, it is not that things repeat themselves, but instead that they never do. In each given moment in the past, and in each given moment in the present, there are multiple options and

(12) These ideas can be traced back to Otto von Gierke and Otto Brunner. Historians have since insisted that these structures persisted throughout the early modern period: António Manuel HESPAÑA, *A historiografia jurídico-institucional e a morte do estado*, in «Anuario de Filosofía del Derecho», 3 (1986), pp. 191-227, and Bartolomé CLAVERO, *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986. For more recent reiteration of these ideas see Maurizio FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, ed. Maurizio Fioravanti, Roma, Laterza, 2002, pp. 4-36; Carlos GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen*, in «ISTOR», 4 (2004), 16, pp. 1-21; Jesús VALLEJO, *El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del ius commune*, in «Revista de historia del derecho», 38 (2009), pp. 1-13.

(13) *A proposito di "Frontiers of Possession"*, cit., p. 587.

multiple possibilities, and none is more evident, or more natural, than the other. During the nineteenth century, liberty was perhaps mostly identified with nationalism as Fitzmaurice argues, but throughout history it was also tied to universalist movements based on commonalities other than national. The current crisis can therefore lead to these fearful results, but it may also lead to cooperation across borders and to the realization that, regardless of whether we are aware of it, want it, or approve it, none of us lives in isolation. It is thus probable that rival interpretations, as well as variations of them, would accompany us now as they always had and that, looking for guidance, once again, actors would turn to observe the past in order to form and reform their present.

A proposito di...

DAMIANO CANALE

CONSIDERAZIONI SUL SIGNIFICATO FILOSOFICO
DELLA STORIA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

(A proposito di «Diacronia: Rivista di storia
della filosofia del diritto», I, 2019, 1)

1. Una nuova rivista. — 2. Questioni di metodo. — 3. Continuità e discontinuità storiche. — 4. Il dispositivo e la trappola.

1. *Una nuova rivista.*

È di tutta evidenza come in anni recenti si sia assistito a un marcato proliferare di nuove riviste nel campo delle discipline giuridiche; un fenomeno che appare, ad un primo sguardo, del tutto sorprendente. La tendenziale omologazione dei saperi giuridici a standard internazionali, come pure l'introduzione in Italia di criteri unificati di valutazione della ricerca accademica, che si pretendono orientati a garantirne la razionalizzazione, sembrerebbero infatti favorire, anche nel campo del diritto, una naturale selezione e riduzione delle sedi di pubblicazione, come è accaduto nel contesto di altre scienze sociali, prima tra tutte l'economia. La circostanza che i saperi giuridici facciano eccezione a questa tendenza trova, in realtà, facile spiegazione. L'assenza di dati bibliometrici attendibili capaci di attivare forme di competizione tra le riviste di settore, la rapida diffusione di piattaforme per la pubblicazione in formato elettronico dei risultati della ricerca, la nascita di nuovi ambiti di indagine meritevoli di acquistare un loro riconoscimento disciplinare, come pure l'esigenza di una più immediata disseminazione dei saperi giuridici a livello internazionale, hanno stimolato, e continuano a stimolare, il sorgere di nuove iniziative editoriali. Questo fenomeno per un verso testimonia la natura del tutto peculiare dei saperi giuridici, il loro carattere poliedrico e multiforme, che affonda le sue radici nella dinamicità dei processi sociali e istituzionali con i quali questi saperi sono a stretto contatto. Per altro verso, tuttavia, questo stesso fenomeno rischia di alimentare una sorta di 'glocalizzazione' della ricerca giuridica, vale a dire la tentazione, in capo a ciascuna 'scuola' o gruppo di ricerca, di istituire una propria sede di pubblicazione privilegiata, indipendente e impermeabile ri-

spetto alle altre, al fine di legittimare sul piano scientifico una certa linea di ricerca o di ottenere un suo riconoscimento istituzionale.

Sfugge senz'altro a questo pericolo *Diacronia: Rivista di storia della filosofia del diritto*, una iniziativa editoriale nata nel 2019 grazie all'impegno (e all'ingegno) di alcuni giovani filosofi del diritto italiani, i quali, sebbene provenienti da scuole diverse, si sono scoperti accomunati da un medesimo interesse, specchio di una medesima preoccupazione. Come si legge nella *Presentazione* del primo numero della rivista, è evidente come «una grande tradizione di studi nella quale una parte consistente della filosofia giuridica italiana ha dato il meglio di sé appaia oggi indebolita e come sfibrata»⁽¹⁾. Se in passato i giovani studiosi di filosofia del diritto di regola iniziavano il loro percorso di ricerca con un lavoro di carattere storico, oggi una scelta del genere è ritenuta «non solo troppo impegnativa, ma anche scarsamente interessante o addirittura controproducente». Di più: la storia della filosofia del diritto è oramai scomparsa dai programmi di studio di moltissime università italiane, al punto da avallare l'idea secondo cui «la posizione originaria dalla quale deve muovere il cammino di chi intenda dedicarsi alla filosofia del diritto sia da cercare stendendo un velo di ignoranza su qualche migliaio di anni di riflessioni sul diritto». Da qui l'obiettivo che *Diacronia* intende perseguire: restituire voce e rilevanza alla storia della filosofia del diritto in Italia, nella consapevolezza che la filosofia del diritto, e più in generale la cultura giuridica, «non poss[on]o affrontare criticamente i temi e i problemi all'ordine del giorno senza considerarne storicamente la genesi, le interpretazioni e le stesse soluzioni che si è ritenuto di poterne offrire in precedenza»⁽²⁾. Si tratta di un obiettivo che *Diacronia* intende perseguire, come sottolineano i suoi fondatori, a prescindere da qualsivoglia ipotesi metodologica o tema di ricerca privilegiato; l'intento è piuttosto quello di dar vita a un forum di discussione aperto a contributi di ogni tipo, come per altro evidenzia la stessa struttura della rivista, articolata in una sezione monografica, curata in ogni numero da studiosi diversi, e in una sezione dedicata invece a saggi su temi distinti. Impreziosisce inoltre la rivista una sezione finale denominata «Archivio», che nel primo numero ospita la prima traduzione italiana, curata da G. Ridolfi, di un saggio di Hans Kelsen poco noto al pubblico ma di rilevante interesse, *La giustizia platonica* (1933), originariamente pubblicato nella prestigiosa cornice dei *Kant-Studien*.

La sezione monografica del primo numero, curata da Alberto Andronico e Tommaso Greco, è dedicata al tema delle «transizioni». Osservano i curatori della sezione, facendo propria una percezione da

(1) *Presentazione*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 7.

(2) *Ibidem*.

tempo diffusa nella cultura giuridica contemporanea, come «l'architettura concettuale che ha fatto la storia del pensiero giuridico moderno sembra fare sempre più fatica a far presa sulla realtà»⁽³⁾. Il nostro presente si configura, in altri termini, come un momento di passaggio, di transito da un'architettura concettuale che si era progressivamente consolidata in età moderna, ad un 'nuovo', un 'altro', le cui caratteristiche appaiono ancora sfuggenti, insondabili, proteiformi. Da qui l'idea di volgere lo sguardo all'indietro, focalizzando l'attenzione «su alcune 'transizioni' che nel passato hanno scandito con maggiore evidenza la nostra storia in un 'prima' e un 'poi'». Più precisamente — osservano ancora i curatori — l'intento non consiste nel partire dal concetto di transizione per rileggerlo in chiave storica. Vale piuttosto il contrario: i saggi contenuti in questa sezione muovono dall'analisi di alcuni momenti cruciali nello sviluppo storico del diritto e della società, per risalire poi alle forme che la transizione assume. I momenti storici cruciali selezionati dai curatori sono la conquista del Nuovo Mondo, alla quale è dedicato un saggio di Antonio Enrique Pérez Luño, la guerra dei Trent'anni e la nascita del 'modello Vestfalia', a cui dedica un saggio Stefano Pietropaoli, la crisi delle democrazie europee nella prima metà del Novecento e la centralità occulta del pensiero di Carl Schmitt in alcuni grandi protagonisti della cultura filosofico-giuridica successiva, su cui si sofferma invece Massimo La Torre. Alle pregevoli analisi proposte in questi contributi si aggiunge un saggio di Pietro Costa, non meno interessante e illuminante dei primi, dedicato al concetto di transizione e al suo rilievo metodologico nel contesto della storiografia giuridica.

In queste mie brevi note in margine al primo numero di *Diacronia* vorrei tuttavia soffermarmi su un tema che rimane sottotraccia nei saggi appena richiamati, ma che mi sembra di non trascurabile interesse qualora la storia della filosofia del diritto venga concepita non come un mero repertorio di narrazioni storiografiche — di cui il filosofo del diritto può utilmente servirsi, a mo' di supporto cognitivo, per contestualizzare i problemi di cui si occupa — quanto piuttosto come parte integrante della pratica filosofico-giuridica *tout court*. Detto in altri termini, cercherò di porre a tema il significato filosofico della storia della filosofia del diritto: il ruolo che essa può svolgere in quanto aspetto costitutivo di un'interrogazione filosofica rivolta al diritto.

La dimensione squisitamente filosofica della storia della filosofia del diritto è d'altra parte di centrale importanza nella tradizione italiana, come testimoniano i lavori di due tra i suoi principali protagonisti del Novecento: Norberto Bobbio e Giovanni Tarello. Studiosi

(3) Ivi, p. 11.

che hanno dato ampio spazio nella loro opera a ricerche di tipo storico, sempre animate tuttavia da un intento filosofico. Nell'opera di Bobbio, ad esempio, la ricerca storica si configura come una forma contestualizzata di analisi concettuale. Compito dello storico della filosofia del diritto è isolare gli snodi concettuali attorno ai quali si articola il discorso attorno al diritto e alla politica nella storia, in particolare in alcuni grandi 'classici' del pensiero, per poi ricostruirne il profilo sistematico e individuare gli elementi di continuità, le costanti storiche che fanno da sfondo al rapporto tra diritto, politica e società⁽⁴⁾. È in altri termini il modo di concepire la filosofia del diritto a fissare il senso della ricerca storico-filosofica, al pari del metodo che deve caratterizzarla. Lo stesso vale per Giovanni Tarello, pure se a partire da presupposti diversi. È noto come per Tarello la filosofia del diritto si configuri come 'caccia alle ideologie': compito del filosofo è svelare criticamente gli usi politici del diritto e delle sue categorie concettuali, un compito che non viene meno nel momento in cui l'indagine acquista una dimensione storica. Anzi, la ricostruzione storica serve a identificare le catene causali che spiegano i diversi usi politici del diritto nel mondo contemporaneo, mediati dall'apparato dottrinale progressivamente elaborato dai giuristi⁽⁵⁾. Tanto in Bobbio quanto in Tarello, pertanto, narrare una storia della filosofia del diritto non è pratica filosoficamente neutrale. Tale pratica è piuttosto funzionale ad uno specifico modo di concepire la filosofia del diritto, i suoi obiettivi e i suoi strumenti di lavoro. A prescindere da qualsivoglia valutazione postuma si voglia riservare alle ricerche storiche di Bobbio e Tarello,

(4) Pur nella messe di studi dedicati al filosofo torinese, manca una trattazione organica e circostanziata dei contributi di Norberto Bobbio nel campo della storia della filosofia giuridica e politica. Questa lacuna è stata recentemente in parte colmata dall'ottimo lavoro di T. GRECO, *Norberto Bobbio e la Storia della filosofia del diritto*, in «Diacronia», I (2019), 2, pp. 77-105, al quale senz'altro rinvio. Si veda inoltre M. BOVERO, *Antichi e moderni: Norberto Bobbio e la "lezione dei classici"*, in *Per una teoria generale della politica. Scritti dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di L. Bonanate, M. Bovero, Firenze, Passigli, 1986, pp. 227-239; M. CUONO, *Norberto Bobbio e la lezione dei classici antichi. Un percorso di metodo*, in *Piemonte antico. L'antichità classica, le élites, la società fra Ottocento e Novecento*, a cura di A. Balbo, S. Romani, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2015, pp. 227-244.

(5) Vedi su questo punto N. BOBBIO, *Ricordo di Giovanni Tarello*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVII (1989), 2, p. 314. Cfr. anche M. TARUFFO, *Giovanni Tarello e la storia della cultura giuridica*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica europea*, a cura di S. Castignone, Bologna, il Mulino, 1989, p. 253 e ss. Sui significati assunti dalla parola «ideologia» negli scritti di Tarello vedi M. BARBERIS, *Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVII (1987), 2, pp. 317-355.

appare evidente come il significato filosofico della storia della filosofia del diritto sia di centrale importanza per comprendere il senso e la rilevanza di questo indirizzo di ricerca, come pure per valutare i suoi risultati.

Prima di procedere oltre, tuttavia, alcune precisazioni sono opportune. Il focalizzare l'attenzione sul significato filosofico della storia della filosofia del diritto non equivale a «servirsi della storia in vista d'altro», come potrebbe essere imputato a Bobbio e a Tarello⁽⁶⁾. Né l'interesse per questo tema sottende la contrapposizione tra 'storia della filosofia del diritto degli storici' e 'storia della filosofia del diritto dei filosofi', parafrasando una celebre distinzione bobbiana⁽⁷⁾. Contrapposizione che risulterebbe oziosa, oltre che di dubbioso interesse. Al contempo, l'attenzione per il significato filosofico della storia della filosofia del diritto non veicola necessariamente una qualche forma di *geschichtliche Philosophie* di hegeliana memoria, propugnando la trasformazione della filosofia del diritto in una filosofia della storia. Così come riduttivo sarebbe intendere il tema di cui stiamo discorrendo come un generico richiamo all'intrinseca storicità dell'esperienza giuridica, su cui ampi settori della filosofia del diritto italiana hanno posto l'accento nel Novecento.

Il significato filosofico della storia della filosofia del diritto può essere piuttosto inteso, più semplicemente, come l'insieme di presupposizioni meta-storiche che guidano, spesso inconsapevolmente, la ricerca storica in campo filosofico-giuridico, presupposizioni che si prestano ad essere interrogate filosoficamente. A partire da questa linea prospettica, le osservazioni che seguono tenteranno di porre in evidenza alcune questioni di tipo metodologico e interpretativo sollevate dalla sezione monografica del primo numero di *Diacronia*, nella speranza che la discussione di tali questioni possa arricchire la consapevolezza dei problemi con i quali lo storico della filosofia del diritto si deve confrontare.

⁽⁶⁾ L'espressione «servirsi della storia in vista d'altro» è stata utilizzata da Gilles Deleuze per caratterizzare le ricerche storiche di Michel Foucault, le quali perseguivano un intento filosofico e non un intento storiografico. Vedi G. DELEUZE, *Che cos'è un dispositivo* (1989), trad. it. di A. Moscati, Napoli, Cronopio, 2002, p. 29.

⁽⁷⁾ Qui il riferimento va ovviamente alla contrapposizione bobbiana tra «filosofia del diritto dei filosofi» e «filosofia del diritto dei giuristi»: vedi N. BOBBIO, *Natura e funzione della filosofia del diritto*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 37 e ss.

2. *Questioni di metodo.*

Nota opportunamente Pietro Costa come la nozione di «transizione» possa apparire ridondante in abito storiografico. «Se gli storici infatti sono chiamati a comprendere e a narrare il continuo trasformarsi delle esperienze nell'orizzonte della temporalità, è della 'transizione' che essi sempre e compunte parlano; e non è immediatamente chiaro in che senso un momento di questa ininterrotta transizione sia più 'transitorio' di un altro»⁽⁸⁾. Nondimeno, prosegue Costa, il termine 'transizione' può manifestare un'esigenza fondata nel campo della storiografia: quella di «individuare una sintassi del cambiamento»⁽⁹⁾, utile «per mettere a fuoco momenti o fenomeni dei processi di mutamento che la storiografia assume come proprio oggetto»⁽¹⁰⁾. Qualsiasi storico, per rappresentare il suo oggetto di studio, ha bisogno di un metalinguaggio che gli consenta di nominare le scansioni temporali del mutamento, di descrivere le loro relazioni reciproche, e quindi di comunicare il senso della narrazione storica, in modo che questa non si riduca a una mera elencazione di eventi accaduti nel passato. Da qui l'idea, efficacemente articolata da Costa, della transizione come modello meta-storiografico, ovvero sia come strumento metodologico di cui lo storico può utilmente servirsi nel suo lavoro quotidiano. Ma qual è la struttura di questo modello? Costa la ricostruisce attraversando criticamente alcune linee di ricerca che hanno eletto i processi di transizione a oggetto privilegiato di studio. In primo luogo, in ambito politologico, i *Transitional Studies*, i quali si propongono di individuare le tappe obbligate, sotto il profilo sociale e istituzionale, che hanno guidato il passaggio dai regimi politici 'autoritari' ai regimi 'democratici', in particolare nel secondo Novecento. In secondo luogo, le ricerche interdisciplinari dedicate al tema della *transitional justice*, vale a dire all'esigenza storica di 'fare i conti col passato' nelle fasi che conducono ad un nuovo assetto politico della società, laddove questo passato sia costellato di ingiustizie, soprusi, crimini efferati, e sorga non di meno l'esigenza di mantenere coesa la società, ricostruendo un tessuto condiviso di memorie, narrazioni, valori sociali e politici. Costa pone in evidenza la fecondità di queste linee di ricerca, come pure i loro limiti sotto il profilo storiografico. In primo luogo, il pericolo di ricondurre i processi di transizione entro rigidi schematismi che rischiano di occultare le caratteri-

⁽⁸⁾ P. COSTA, *La "transizione". Uno strumento metastoriografico?*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 14.

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*.

stiche peculiari e l'unicità dei contesti storici considerati. In secondo luogo, la tentazione di declinare la transizione in termini teleologici, di concepirla cioè come un modello storiografico capace di individuare i fini immanenti della trasformazione storica, e dunque la necessità di un 'prima' in funzione di un 'dopo'. Una volta depurato da «contaminazioni teleologiciste»⁽¹¹⁾, il modello della transizione diventa assai utile per orientare la narrazione storica in ambito giuridico e politico, afferma Costa. Esso conduce infatti a rappresentare una certa tranche storico-temporale come una totalità strutturata, composta da due estremi statici e dai processi intermedi che governano il movimento che va dall'uno all'altro⁽¹²⁾. Se inteso in questo modo, il modello della transizione può assumere qualsiasi contenuto e ammette ricostruzioni diverse di un medesimo lasso storico-temporale. Questo non lo rende tuttavia un modello universale, utile per comprendere qualsiasi fenomeno storico. Come opportunamente sottolinea Costa, il modello della transizione funziona bene quanto più «l'esperienza [storica] di riferimento tenda a coagularsi in *assetti e strutture*»⁽¹³⁾, come nel caso della storia dei saperi giuridici e dei passaggi da un sistema normativo ad un altro sistema normativo. Si tratta cioè un modello utile per descrivere le trasformazioni epocali della storia giuridica, e non invece eventi o fenomeni individuali.

Potremmo tuttavia chiederci, in margine alla riflessione di Pietro Costa, se non rimanga in essa qualcosa di filosoficamente impensato, di sottratto cioè ad una interrogazione capace di evidenziarne le eventuali aporie. Un primo aspetto meritevole di attenzione, sotto questo profilo, è costituito dai termini *a quo* e *ad quem* di questo modello, che Costa connota come assetti e strutture, vale a dire come entità sistematiche, di tipo socio-politico, culturale o istituzionale, composte da una pluralità di elementi ordinati secondo un criterio organizzativo di tipo funzionale, gerarchico o procedurale. Potremmo tuttavia chiederci: i concetti di «assetto» e di «struttura», intesi come strumenti meta-storici di ricerca, sono entità idealtipiche prive di qualsiasi connotazione storica? La risposta sembra invero negativa. Questi concetti sono infatti figli di una nozione di sistema elaborata in epoca moderna, in base alla quale, richiamando la celebre formula di Condillac, le diverse parti di un'arte o di una scienza devono essere disposte «in un ordine in cui tutte si sorreggano a vicenda, e in cui le ultime si spieghino mediante le prime»⁽¹⁴⁾. Si

(11) Ivi, p. 40.

(12) Ivi, p. 24.

(13) Ivi, p. 30 (corsivo mio).

(14) É.B. DE CONDILLAC, *Trattato dei sistemi*, a cura di E. Garin, Roma-Bari, Laterza, 1977, p. 3.

tratta dunque di un modo di concepire l'organizzazione del sapere e della vita sociale storicamente determinato, che giunge per tappe successive fino ai nostri giorni⁽¹⁵⁾. Una volta eletti a coordinate metastoriche di ricostruzione del passato, che fissano il punto di partenza e il punto di chiusura di una transizione storica, i concetti di assetto e di struttura rischiano pertanto di ingabbiare le testimonianze storiche entro un modo storicamente determinato di concepire il sapere attorno al diritto e alla società, e di rendere queste testimonianze significative per lo storico nella misura cui soddisfano i requisiti imposti da tali categorie⁽¹⁶⁾.

Di più: il modello meta-storico della transizione, così concepito, non rischia soltanto di proiettare sul passato le categorie con cui comprendiamo il presente; esso induce parimenti a immaginare il futuro come un'eterna iterazione della contemporaneità. Per giustificare questa affermazione è opportuno far ritorno all'*Introduzione* della sezione monografica del primo numero di *Diacronia*. Alberto Andronico e Tommaso Greco osservano qui, come abbiamo già ricordato, che l'urgenza di indagare i processi storici di transizione riflette un'esigenza del presente. È cioè l'esperienza contemporanea del transito dall'assetto politico-giuridico moderno verso un 'nuovo' le cui coordinate non sono ancora pienamente intelligibili, a stimolare il nostro sguardo verso il passato. Il modello meta-storico della transizione, tuttavia, induce a pensare che l'avvenire delle relazioni giuridiche e politiche costituirà una struttura o un assetto morfologicamente assimilabile a quello che stiamo abbandonando, per quanto dotato di contenuti diversi. Il termine *ad quem* della transizione in corso si presume cioè

⁽¹⁵⁾ Per una storia della nozione di sistema nei saperi giuridici vedi M. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, 3 vol., Milano, Giuffrè, 2002.

⁽¹⁶⁾ Si potrebbe cioè osservare che i concetti di assetto e struttura operano, nel modello storiografico della transizione, come idealtipi weberiani. Secondo Weber, come noto, le categorie idealtipiche non descrivono leggi oggettive di movimento della storia; si tratta piuttosto di «punti di vista» che consentono ad eventi storici individuali di essere compresi come dotati di senso, oltretutto come collegabili tra di loro mediante nessi causali o esplicativi adeguati. Solo in virtù delle categorie idealtipiche sarebbe infatti possibile sviluppare una genuina conoscenza storica, senza incorrere nello psicologismo adombrato dall'*Erlebnis* storicista o far proprie le ipoteche metafisico-idealistiche ancora presenti nelle filosofie del progresso universale di fine Ottocento. Vedi su questo punto M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali* (1922), trad. it. a cura di P. Rossi, Torino, Einaudi, 1958, in particolare p. 134. Weber può in tal senso affermare che «alla storia spetta unicamente la spiegazione causale di quegli 'elementi' e di quegli 'aspetti' dell'avvenimento in questione, i quali rivestono da determinati punti di vista un 'significato universale' e perciò un interesse storico» (ivi, p. 212).

formalmente omogeneo al suo termine *a quo*. Questa prefigurazione del futuro, ovvero delle categorie concettuali che ci consentono di immaginarlo, rischia tuttavia di impedirci di cogliere le trasformazioni in atto e di prevedere il loro esito, e questo per effetto della sintassi conoscitiva che utilizziamo per tentare di comprenderle. In questo modo il filosofo e lo studioso del diritto, nell'interrogarsi sulla transizione contemporanea, rischiano di assumere le vesti dell'angelo di Benjamin, che con lo sguardo fisso verso il passato viene trascinato nel futuro dal vento della storia, incapace di coglierne la traiettoria proprio perché al futuro volge le spalle⁽¹⁷⁾.

Si potrebbe a tutto ciò obiettare, tuttavia, che allo storico è negato uno 'sguardo da nessun luogo': qualsiasi narrazione del passato è sempre storicamente situata e dunque condizionata dai problemi, dai contesti, dal linguaggio, dai concetti e dalle visioni del mondo che connotano il presente, le quali guidano qualsiasi interrogazione del passato. Lo storico e il filosofo del diritto sono cioè costitutivamente 'gettati' nel loro tempo, a partire dal quale la storia, qualsiasi storia, trova la sua misura⁽¹⁸⁾. Il modello della transizione identificato da Pietro Costa, proprio in virtù del suo carattere formale, che lo immunitizza da ipoteche di tipo teleologico, tende anzi a minimizzare tale condizionamento, fornendo allo storico un utile strumento di indagine. Le considerazioni fin qui svolte non revocano in dubbio tale assunto, senz'altro condivisibile; esse si limitano a fornire allo storico delle transizioni un suggerimento ulteriore. Il modello di cui questi si serve può svolgere un ruolo utile per la comprensione storica del passato, oltre che per la prefigurazione del futuro, nella misura in cui sollecita una duplice presa d'atto. In primo luogo, il riconoscimento della differenza insopprimibile tra passato e presente, conseguenza dell'«esperienza dello scacco»⁽¹⁹⁾ e dell'alterità che comporta l'accostarsi a mondi e linguaggi irriducibile al nostro. In secondo luogo, l'esigenza in capo allo storico e allo studioso del diritto di porre in discussione i concetti che guidano la sua comprensione della realtà contemporanea, presupposto questo irrinunciabile per conservare l'alte-

(17) W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R. Solmi, Torino, Einaudi, 1955, p. 80.

(18) Secondo Gadamer, il fatto che la pratica storiografica muova necessariamente dai condizionamenti del presente non costituisce un ostacolo al coglimento delle 'verità' storiche, quanto piuttosto la condizione insopprimibile e feconda da cui muove qualsiasi tipo di conoscenza. Cfr. H.-G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), trad. it. di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 1990⁷, p. 312 e ss.; ID., *Il problema della coscienza storica* (1963), trad. it. di G. Bartolomei, Napoli, Guida, 1988³, pp. 61-62.

(19) GADAMER, *Il problema della coscienza storica*, cit., p. 66; ID., *Verità e metodo*, cit., p. 347.

rità e la singolarità di fenomeni storici a noi lontani⁽²⁰⁾. Detto in altri termini, la ricostruzione delle transizioni storiche può risultare utile per risponde alle domande del presente nella misura in cui produce una presa di distanza da esso, una *Entfremdung* concettuale che ne evidenzia la contingenza⁽²¹⁾. L'effetto di 'spaesamento' generato dalla ricerca storica potrà così favorire la comprensione delle trasformazioni oggi in atto, aiutandoci a prefigurazione un futuro che del presente non sia l'iterazione sclerotizzata.

3. *Continuità e discontinuità storiche.*

L'idea di storia delle transizioni come distanziamento critico dalle categorie del presente si presta a trovare ulteriore tematizzazione con riferimento ai saggi di Antonio Enrique Pérez Luño e Stefano Pietropaoli.

Pérez sottolinea come la scoperta del Nuovo Mondo agli albori dell'età moderna ratifichi e renda più netta la presa di congedo dei saperi giuridici del Cinquecento spagnolo dall'universo medioevale, favorendo la nascita e la diffusione di nuove categorie che si diffonderanno di lì a poco in tutta Europa⁽²²⁾. A quali categorie ci stiamo riferendo? In primo luogo, al concetto di libertà quale diritto connaturato a qualsiasi essere umano, che si contrappone all'idea di schiavitù naturale difesa dagli epigoni dei *conquistadores*⁽²³⁾. In secondo luogo, il concetto di *potestas* pubblica esercitata dal sovrano, basata sul consenso democratico e giustificata dal perseguimento del bene comune. Si tratta di categorie concettuali che troveranno progressiva afferma-

⁽²⁰⁾ «È indispensabile che la conoscenza si renda conto dei propri secolari pregiudizi e delle proprie attuali anticipazioni»; in assenza di tale operazione, «le nostre conoscenze dello storicamente 'altro' sono semplici riduzioni; un procedimento cognitivo che implica pregiudizi e anticipazioni, idee preconcepite sul metodo e su ciò che 'deve' essere un dato storico, livella l'esperienza e conduce inevitabilmente a tradire lo specificamente 'altro'» (GADAMER, *Il problema della coscienza storica*, cit., p. 69).

⁽²¹⁾ Su questo punto mi permetto di rinviare a D. CANALE, *Introduzione a Id., La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, Torino, Giappichelli, 2000.

⁽²²⁾ A.E. PÉREZ LUÑO, *La conquista del Nuevo Mundo y la transición a la modernidad*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 58.

⁽²³⁾ Paolo Grossi ha mostrato come la teologia scolastica, a partire da questo assunto, fornì una fondazione antropologica al concetto di proprietà, qualificando il *dominium* sulle cose come un attributo del soggetto libero. Vedi P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Atti dell'Incontro di studio (Firenze, 16-19 ottobre 1972)*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 1973, pp. 117-222.

zione nella modernità ma delle quali autori come Francisco de Vitoria e Bartolomé de las Casas preparano la gestazione, di riflesso alla barbarie e ai soprusi perpetrati dai *conquistadores* nei confronti delle popolazioni indigene. L'idea di un insieme di diritti connaturati agli esseri umani, come pure di un potere sovrano posto a salvaguardia del bene collettivo, nasce cioè — nella ricostruzione proposta da Pérez — quale reazione ad un senso originario di ingiustizia generato dagli orrori della conquista⁽²⁴⁾. Interessanti appaiono, in questo contesto, le considerazioni di Pérez con riguardo all'origine storica delle *Leyes de Indias* emanate tra il 1512 e il 1680, orientate a proteggere le popolazioni indigene e i loro beni dall'occupazione spagnola; leggi che rimasero tuttavia largamente ineffettive a causa della debolezza delle istituzioni pubbliche di fronte ai poteri di governo esercitati dai privati. Una debolezza che, secondo Pérez, ha segnato la storia sociale e politica latino-americana dal XVI secolo fino ai nostri giorni⁽²⁵⁾. Non meno interessanti appaiono le critiche di Vitoria e Las Casas agli istituti del *requerimento* e delle *encomiendas*, ai quali la ricerca storica, anche in ambito filosofico-giuridico, ha dedicato ampia attenzione⁽²⁶⁾. Anche qui Pérez sottolinea l'indignata reazione critica dei due domenicani nei confronti del requisito della conversione al Cristianesimo quale condizione per il riconoscimento della libertà individuale; una indignazione che si estende anche all'affermarsi nei territori d'oltremare di una struttura sociale e politica di tipo neo-feudale. Da qui la veemente difesa, da parte di Las Casas, delle istituzioni pubbliche basate sul consenso popolare, che sembra per certi versi anticipare l'idea di Stato democratico di diritto fondato sulle libertà individuali.

Da questa rapida ricostruzione risulta chiaro come Pérez si preoccupi innanzitutto di sciogliere l'ambivalenza che la tradizione interpretativa ha da sempre riscontrato nelle opere di Vitoria e di Las Casas, autori che per un verso hanno condannato senza riserve l'etnocidio degli indios, inaugurando la lunga stagione dei *Postcolonial Studies*⁽²⁷⁾, ma che per altro verso hanno elaborato categorie concettuali che contribuirono a legittimare la conquista⁽²⁸⁾. Pérez propone una

(24) Sull'esperienza originaria dell'ingiustizia quale chiave di volta del diritto e dell'organizzazione politica della società ha insistito, tra gli altri, H. HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, trad. it. di L. Basso e M. Tomba, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 78 e ss.

(25) PÉREZ, *La conquista del Nuevo Mundo*, cit., p. 72.

(26) Segnalo, da ultimo, il bel lavoro di L. BACCELLI, *Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento*, Milano, Feltrinelli, 2016.

(27) Questa la tesi sostenuta ad esempio da R.J.C. YOUNG, *Postcolonialism. An Historical Introduction*, Oxford, Blackwell, 2001.

(28) Si pensi, ad esempio, alla giustificazione fornita da Las Casas all'evangeliz-

lettura ‘assolutoria’ dell’opera dei due teologi domenicani, evidenziando gli elementi di continuità tra la loro riflessione e la filosofia politica e giuridica moderna. Questa linea interpretativa consente a Pérez di rivendicare l’attualità delle dottrine di Vitoria e Las Casas nel contesto ispano-americano, ancora oggi segnato da diseguglianze radicali e da derive di tipo privatistico nella gestione dei poteri pubblici. In questo la storia, richiamando una fortunata formula ciceroniana, sembra farsi ancora una volta *magistra vitae*: la conoscenza storica non fornisce soluzioni valide per il presente ma può nondimeno renderci avvertiti degli errori (e degli orrori) del passato⁽²⁹⁾.

Sotto il profilo filosofico-giuridico, tuttavia, occorre interrogare più in profondità la continuità segnalata da Pérez tra la riflessione dei due teologi domenicani e la filosofia politica e giuridica moderna. Si tratta di una continuità di tipo concettuale, relativa cioè al significato che le parole assumono nell’argomentazione filosofica in rapporto alle architetture di pensiero che le sono proprie? Oppure si tratta di una continuità meramente lessicale, relativa all’uso di alcune parole chiave (‘libertà’, ‘eguaglianza’, ‘popolo’, ‘sovranità’) che diventeranno centrali nel lessico politico e giuridico moderno, ma che nel contesto dell’opera di Vitoria e Las Casas conservano significati saldamente ancorati al mondo premoderno? Pérez sostiene appassionatamente la prima tesi; vi sono tuttavia ragioni che inducono a non escludere la seconda. Alcuni esempi possono essere utili per giustificare tale ipotesi. In primo luogo, il concetto di libertà naturale sviluppato dai teologi domenicani è assai lontano dall’individualismo antropocentrico che caratterizza il giusnaturalismo moderno e che in quest’ultimo fornisce fondazione filosofica al diritto e allo Stato. La libertà come *dominium* dell’uomo su sé stesso trova in Vitoria e Las Casas fondamento in Dio, che ha creato l’uomo a sua immagine a somiglianza⁽³⁰⁾. Ciò spiega la naturale razionalità dell’uomo, che ne fa un fine a sé stesso e quindi un essere libero. Da questo segue che la libertà naturale può trovare il proprio limite e la propria realizzazione non solo nelle leggi poste dal sovrano, come accade nel giusnaturalismo moderno, ma anche e soprattutto nella legge divina, da cui dipende l’armonia naturale delle cose. In ciò trova spiegazione, ad esempio, il fatto che per Las

zazione delle popolazioni indigene accompagnata dall’esercizio del potere temporale su di esse, o alla possibilità, riconosciuta da Vitoria, di qualificare la conquista del Nuovo Mondo, date certe condizioni, come una forma di ‘guerra giusta’.

⁽²⁹⁾ PÉREZ, *La conquista del Nuevo Mundo*, cit., p. 66.

⁽³⁰⁾ Vedi, ad esempio, F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis relectio prior* (1539), in ID., *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, a cura di E. Nys, New York, Oceana, 1964, I, 20; B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1969, I, 1.

Casas non tutti i costumi delle popolazioni indigene sono legittimi. Peccati 'contro natura' come il cannibalismo e i sacrifici umani non possono essere tollerati perché sono peccati contro Dio. Considerazioni analoghe possono essere fatte con riguardo al fondamento e alle prerogative del sovrano. Nello stato di natura, gli uomini non sono raffigurati da Las Casas come una moltitudine di individui singoli quanto piuttosto come membri di una comunità naturale, nella quale trova espressione la socievolezza umana che promana dall'intelligenza divina. La comunità può poi decidere di sottomettersi all'autorità di un re, ma l'unità politica non costituisce il *risultato* di tale sottomissione, come accade in Hobbes, quanto piuttosto il suo *presupposto*, in continuità con la tradizione aristotelica⁽³¹⁾. L'esercizio della *potestas* pubblica si inquadra dunque all'interno di una concezione ministeriale del governo e del popolo. Il re non impersona hobbesianamente l'unità politica della comunità; egli è del popolo il servitore, il ministro⁽³²⁾. Il re non detiene dunque alcun *dominium* sul suo regno; deve limitarsi ad amministrare la cosa pubblica promuovendo il bene comune. Tuttavia il re, in quanto cristiano, è anche ministro della Chiesa, e deve quindi porsi al servizio della missione evangelizzatrice affidata a quest'ultima.

Già da questi rapidi cenni appare evidente come i concetti di libertà, governo, popolo, sovranità, legge, si innestino in un tessuto filosofico ancora assai lontano da quello moderno. Cosa possiamo da ciò inferire con riguardo al tema delle transizioni storiche? La presenza di elementi lessicali comuni nelle testimonianze storiche appartenenti, rispettivamente, ai termini *a quo* e *ad quem* di una transizione epocale non segnalano, necessariamente, linee di continuità nei processi di trasformazione del diritto e della società. L'uso di un medesimo termine in contesti diversi può nascondere fratture epocali sotto il profilo concettuale, così come termini diversi talora veicolano il medesimo concetto. La ricerca delle continuità e delle discontinuità storiche — delle destrutturazioni e ristrutturazioni di assetti epocali di cui parla Pietro Costa — richiede un'accurata analisi non solo dei contesti storici, culturali e socio-politici, ma anche delle architetture concettuali mediante le quali gli attori storici del tempo comprendevano e rappresentavano linguisticamente la realtà che li circondava.

Queste osservazioni trovano puntuale riscontro nel saggio di Stefano Pietropaoli dedicato alla nascita del 'modello Vestfalia', me-

(31) Sul *pactum subjectionis* quale momento costitutivo della comunità politica in Hobbes vedi A. BIRAL, *Hobbes: la società senza governo*, in *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, a cura di G. Duso, Milano, FrancoAngeli, 1993, pp. 51-108.

(32) Cfr. LAS CASAS, *De regia potestate*, cit., II, 8.

dante il quale la storiografia giuridica ha tradizionalmente raffigurato il momento di transizione dal dualismo medioevale tra papato e Impero alla nascita di un nuovo sistema di relazioni internazionali fondato sugli Stati; un sistema basato sui concetti di sovranità, territorialità, non ingerenza, neutralità religiosa, eguaglianza formale tra i soggetti delle relazioni internazionali. Si chiede a tal riguardo Pietropaoli: il ‘modello Vestfalia’ fornisce una rappresentazione fedele della realtà storica? Oppure ne costituisce una semplificazione inadeguata, che trasforma i nudi eventi storici in una «mitologia giuridica», utilizzando un’espressione cara a Paolo Grossi? Pietropaoli ha buon gioco nel mostrare come gli accordi di pace del 1648 non contengano gli elementi distintivi del ‘modello Vestfalia’ ma costituiscano piuttosto un *unicum* storico, dove elementi del passato convivono con elementi che troveranno ampia diffusione nel futuro⁽³³⁾. Esempio in tal senso è il ruolo svolto dall’Impero nella pace di Vestfalia: «I trattati firmati a Osnabrück e Münster» — osserva Pietropaoli — «non contengono soltanto accordi tra Stati, ma esprimono anche un nuovo assetto ‘costituzionale’ del Sacro Romano Impero»⁽³⁴⁾. Si tratta cioè di accordi tra potenze sovrane, che tuttavia ridefiniscono le prerogative e l’assetto istituzionale di un degli attori in campo. Allo stesso tempo, gli accordi di pace non hanno un carattere multilaterale, come spesso affermato nella letteratura gius-internazionalistica. Ne sono firmatari l’Impero e la Francia, l’Impero e la Svezia; quello della pace di Vestfalia fu cioè «un canto a due voci»⁽³⁵⁾. I trattati del 1648 vengono inoltre conclusi a nome delle teste coronate delle potenze in campo e non per conto delle entità statali che queste impersonavano. Si tratta, in altri termini, di accordi dotati di caratteristiche ibride, le cui radici ancora in parte affondano nella tradizione medioevale e rinascimentale. Pertanto, il punto *ad quem* della trasformazione che condusse alla nascita del diritto internazionale moderno non aveva i caratteri chiaramente definiti che la letteratura è solita attribuirgli. L’esigenza di individuare un termine convenzionale nel quale si chiude una transizione epocale ha trasformato la pace di Vestfalia in un «mito»⁽³⁶⁾, oltretutto in una rappresentazione artificiosa della realtà alla quale viene attribuito un valore simbolico, utile per legittimare l’avvenire.

Con riguardo al nostro tema, la ricostruzione critica proposta da Pietropaoli stimola due ordini di considerazioni. In primo luogo, evi-

⁽³³⁾ S. PIETROPAOLI, *Vestfalia 1648. La debolezza di un modello, la necessità di un mito*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 93.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 94.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 96.

denzia come il termine *a quo* e il termine *ad quem* dei processi di transizione siano frequentemente il risultato di una modellizzazione convenzionale, che individua gli snodi epocali della trasformazione storica sacrificandone la ricchezza di dettaglio. In secondo luogo, il modello della transizione conduce tendenzialmente a raffigurare le trasformazioni storiche che hanno luogo in un certo lasso spazio-temporale come un processo dotato di una direzione di sviluppo univoca, segnata da un 'prima' e da un 'dopo', da 'antecedenti' e 'conseguenti' storici. Tuttavia, le trasformazioni storiche degli assetti sociali, giuridici e politici assumono raramente un andamento lineare; esse rivelano piuttosto un carattere discontinuo e stratificato. La storia dei saperi attorno al diritto e alla politica, in particolare, si articola in una pluralità di piani discorsivi segnati da scansioni temporali distinte, il cui gioco di incroci e di influenze reciproche costituisce il motore della trasformazione. Alcuni piani giungono in una certa fase storica a contrapporsi violentemente, altri invece seguono linee parallele e indipendenti di sviluppo, senza incontrarsi mai. Alcuni si perpetuano pressoché inalterati per secoli; altri sorgono e si estinguono nel giro di pochi anni, lasciando nondimeno un segno indelebile nei processi di trasformazione. Accade così, ad esempio, che il concetto di Stato moderno venga compiutamente elaborato sul piano filosofico già nel corso del Seicento, soprattutto grazie all'opera di Thomas Hobbes, sebbene esso trovi piena concretizzazione storica — nell'organizzazione istituzionale della comunità politica, nella struttura dell'ordinamento, nella trattatistica e nel modo di pensare dei giuristi — soltanto alla fine del Settecento. Per converso, nel Settecento europeo ancora sopravvivono linee di sviluppo della filosofia pratica saldamente ancorate alla tradizione aristotelica premoderna, come dimostra, ad esempio, l'opera di Christian Wolff, la quale, sotto il profilo concettuale, si colloca dunque 'prima' dell'opera di Hobbes⁽³⁷⁾. Per sfuggire al pericolo di indebite e affrettate semplificazioni, quali quelle segnalate da Pietropaoli, lo storico delle transizioni deve dunque acquisire consapevolezza della complessità del tessuto storico col quale si deve confrontare e cercare di restituirne la plurivocità, di evidenziare i momenti di arresto e di accelerazione del cambiamento, di non occultarne le contraddizioni e i punti ciechi.

(37) Mi permetto su questo di rinviare il lettore a D. CANALE, *Dagli stati della persona alle persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVIII (1998), 1, pp. 139-194.

4. *Il dispositivo e la trappola.*

Secondo Massimo La Torre, il dibattito filosofico-politico del dopoguerra europeo è segnato dalla presenza di un 'convitato di pietra', di un bersaglio critico che resta il più delle volte nascosto tra le quinte della scena filosofica, come se la sua presenza dovesse essere rimossa ed esorcizzata; un ospite sgradito che, nondimeno, condiziona lo sviluppo della riflessione tracciandone il percorso. Stiamo ovviamente parlando dell'opera e della figura intellettuale di Carl Schmitt. Osserva sotto questo profilo La Torre: «la teoria politica del dopoguerra si costituisce *a contrario* come confutazione dell'opera di Schmitt»⁽³⁸⁾. Riprendendo una celebre formula schmittiana⁽³⁹⁾, ciò che La Torre porta acutamente in superficie è cioè «la presenza di un'assenza», una presenza che opera cioè in negativo, ergendosi a bersaglio critico privilegiato del discorso filosofico-politico reduce dalla catastrofe delle democrazie del primo Novecento e dall'esperienza drammatica dei totalitarismi. La tesi formulata da La Torre aggiunge un elemento prezioso al vivace dibattito contemporaneo sull'eredità di Carl Schmitt, un dibattito popolato, di volta in volta, da violenti anatemi, da tentativi più o meno maldestri di riabilitazione intellettuale, da attraversamenti critici che giungono a conclusioni diametralmente opposte, quasi a perpetuare la capacità dell'opera schmittiana di dividere gli animi, come ebbe a dire Jürgen Habermas⁽⁴⁰⁾. La Torre, per converso, offre al lettore una lucida 'storia degli effetti' dell'opera schmittiana nella cultura filosofico-politica europea; una storia, per l'appunto, che trova il suo filo rosso nella negazione e nell'opposizione al pensiero del giurista di Plettenberg. Cinque sono i protagonisti della storia degli effetti narrata da La Torre: Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Franz Neumann, Hermann Heller e Hannah Arendt. La Torre mostra, per un verso, come numerosi aspetti rilevanti del pensiero di questi autori si configurino come una replica o una presa di distanza dalle tesi schmittiane. Per altro verso, di grande interesse è la ricostruzione offerta nel saggio degli eventi storici, legati alla vita personale di questi cinque autori, che spiegano

⁽³⁸⁾ M. LA TORRE, *Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 114.

⁽³⁹⁾ «Repräsentieren heißt, ein unsichtbares Sein durch ein öffentlich anwesendes Sein sichtbar machen und vergegenwärtigen» (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017¹¹, p. 209).

⁽⁴⁰⁾ Per una ricostruzione del dibattito contemporaneo sull'eredità dell'opera di Carl Schmitt, con particolare attenzione al 'caso francese', rinvio a J.-F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

il loro atteggiamento di rifiuto nei confronti di Schmitt. In questo modo, La Torre lega l'analisi dei fatti storici all'analisi dei percorsi intellettuali, ricostruendo i collegamenti diretti e indiretti tra esperienze individuali di vita e riflessione filosofica.

Sotto la lente di ingrandimento di La Torre, in primo luogo, passa il rifiuto kelseniano della teologia politica di schmittiana, ovvero l'idea che i concetti politici e giuridici moderni siano concetti teologici secolarizzati. Kelsen afferma che l'escatologia cristiana è incompatibile con qualsiasi teoria della società del diritto che faccia perno sul concetto di sovranità; una sovranità che Kelsen, al contempo, dissolve «nella vigenza dell'ordine normativo»⁽⁴¹⁾, un ordinamento che nella prospettiva kelseniana è in grado di riassorbire in sé stesso il fenomeno dello stato di eccezione. Analogamente, Gustav Radbruch, in opposizione allo Schmitt interprete di Hobbes, sostiene che il diritto esprime un'intrinseca pretesa di giustizia, la cui precondizione è costituita dalla generalità della legge e dall'uguaglianza degli individui di fronte ad essa. Non sussiste dunque una costitutiva opposizione tra giustizia e legalità, tra bene collettivo e ordinamento politico dello Stato; laddove tale opposizione si manifesti in modo intollerabile, inoltre, essa non sfocia in una forma di decisionismo sovrano quanto piuttosto nell'affermazione di un diritto sovralegale posto a salvaguardi della giustizia.

La presenza *a contrario* del pensiero schmittiano è chiaramente avvertibile anche nelle tesi di Neumann ed Heller — prosegue La Torre. In Neumann attraverso il radicale rifiuto dell'opposizione amico-nemico e della commistione tra diritto e politica che caratterizzerebbe lo *ius publicum europaeum* secondo Schmitt; un rifiuto che si traduce nella valorizzazione della generalità della legge, intesa come baluardo contro agli abusi del potere, e della razionalità pratica degli uomini, che del diritto costituirebbe il fondamento. In Heller, a dispetto dell'iniziale adesione alle dottrine schmittiane, questa presa di distanza si manifesta invece nel rovesciamento della caratterizzazione polemica, oppositiva, del 'politico' offerta da Schmitt. Per Heller la politica è «ricerca del consenso, non provocazione del dissenso»⁽⁴²⁾, una ricerca che trova fondamento e limite nel diritto. È il diritto cioè a costituire il potere politico, non viceversa come sostenuto da Schmitt; questo perché l'ordinamento giuridico mette in forma l'esercizio del potere, ne garantisce il riconoscimento collettivo, e ne fissa i limiti mediante la previsione di principi fondamentali.

In Hannah Arendt l'opposizione a Schmitt si manifesta in mondo ancora diverso. La Torre ne fornisce una caratterizzazione interes-

(41) LA TORRE, *Il convitato di pietra*, cit., p. 115.

(42) Ivi, p. 129.

sante ed originale, che estende lo sguardo al di là della critica arendtiana al totalitarismo, sulla quale tanto inchiostro è stato versato. Per Arendt, in opposizione a Schmitt, il potere politico non trova fondamento in una decisione sovrana che si manifesta nello stato di eccezione; esso affonda le sue radici nella pluralità, nell'intersezione cooperativa e nella convergenza delle azioni umane⁽⁴³⁾. È cioè la pluralità degli uomini che si fanno comunità, che fissano le regole del gioco entro uno spazio comune, a costituire il fondamento del 'politico'⁽⁴⁴⁾. Il ruolo del diritto, in questa prospettiva, consiste nel *constituire* la dimensione plurale della comunità, nel garantire in essa la comunicazione tra gli uomini e la loro 'vita attiva'. Ciò spiega la diffidenza nutrita da Hannah Arendt nei confronti dell'astrattezza dei diritti umani, come pure delle garanzie formali che seguono dal riconoscimento della soggettività giuridica. Per Arendt, ricorda La Torre, l'unico diritto umano degno di questo nome è la cittadinanza, l'appartenenza alla comunità come luogo in cui si concretizza l'agire umano.

Di fronte all'articolata ricostruzione offerta da La Torre, potrebbe tuttavia sorgere spontanea una domanda: i cinque percorsi filosofici e intellettuali appena tratteggiati testimoniano un effettivo superamento del pensiero di Carl Schmitt, la compiuta transizione verso un modo alternativo di pensare la politica e il diritto, oppure i loro autori appaiono ancora imbrigliati nel 'dispositivo schmittiano'⁽⁴⁵⁾, come se esso funzionasse al modo di una trappola dalla quale, una volta entrati, è impossibile uscire?

Non è possibile in questa sede sviluppare questa ipotesi; bastino solo alcuni brevi cenni. Due mi sembrano i meccanismi del dispositivo schmittiano nei quali i suoi oppositori restano intrappolati. Il primo è costituito dall'opposizione amico-nemico: la negazione delle tesi schmittiane, elette a nemico da combattere strenuamente, comporta la loro assunzione quale spazio logico entro il quale il discorso filosofico-politico acquista significato. Il secondo meccanismo è costituito dalla caratterizzazione schmittiana del politico come uno spazio vuoto, come un qualcosa che non ha sostanza né luogo, e la cui presenza si risolve in un'assenza. Ciò comporta che una volta 'riempito', il politico rinvii sempre ad altro da sé, attivando un gioco di specchi

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 135.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 137.

⁽⁴⁵⁾ Sul concetto di dispositivo vedi M. FOUCAULT, *Dits et écrits II. 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, pp. 299-300. Il termine 'dispositivo' viene qui riferito all'architettura concettuale elaborata da Carl Schmitt, la quale, al pari dei dispositivi foucaultiani, non è semplicemente un'elaborazione intellettuale o una forma di sapere, ma «in un dato momento storico ha avuto per funzione maggiore quella di rispondere a un'urgenza, svolgendo una funzione strategica dominante» (*ibidem*).

nel quale rimane intrappolata la sua visione. Questi meccanismi interni al dispositivo schmittiano sembrano inconsapevolmente attivati dai suoi oppositori. Bastino anche qui alcuni rapidi esempi per porlo in evidenza.

Abbiamo visto che Kelsen riassume il problema dell'origine del politico entro la struttura nomodinamica dell'ordinamento, come osservato puntualmente da La Torre. All'apice dell'ordinamento, tuttavia, Kelsen pone la norma fondamentale, che in continuità col neokantismo della Scuola di Marburgo viene concepita quale condizione logico-trascendentale della conoscenza, necessaria per depurare la dottrina del diritto da ogni residuo psicologicistico e volontaristico. Ma la teoria della norma fondamentale apre in realtà una via di fuga nella costruzione kelseniana: l'esistenza della *Grundnorm*, infatti, presuppone e rinvia all'effettività materiale dell'ordine sociale e politico, tanto cara a Carl Schmitt⁽⁴⁶⁾. La presa di congedo kelseniana da Schmitt finisce dunque per riproporre, come in un circolo vizioso, alcuni suoi assunti di fondo. Anche Radbruch, come abbiamo osservato, si oppone fermamente al decisionismo e all'antinormativismo schmittiano: la giustizia esige la generalità della legge e l'uguaglianza degli individui di fronte ad essa. Tuttavia, resta incerto ove passi il confine superato il quale la legge ingiusta (*gesetzliches Unrecht*) cessa di essere diritto secondo Radbruch, un superamento che può essere decretato soltanto da una decisione che opera *contro* la legge, in nome di un giusto sovralegale (*übergesetzliches Recht*) che sempre la eccede. Una posizione, questa, che sembra riproporre, a termini invertiti, il paradigma della teologia politica schmittiana. Da ultimo, anche Hannah Arendt nega che l'origine dell'ordine politico sia da rinvenire in una decisione fondamentale nella quale si manifesta il 'dio

⁽⁴⁶⁾ Osserva al riguardo Kelsen: «la validità di un ordinamento giuridico, che regola il comportamento di determinati uomini, si trova [...] in 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» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. Losano, Torino, Einaudi, 1991, p. 101). In un altro passaggio della medesima opera, Kelsen osserva che la transizione da un ordinamento ad un altro si compie quanto «l'effettivo comportamento degli uomini (per i quali l'ordinamento ha pretesa di validità) non corrisponde più all'antico, ma in generale al nuovo [ordinamento]» (ivi, p. 99). Solo nel momento in cui l'ordinamento che viene diventa effettivo, ovverosia si manifesta un nuovo ordine materiale della società, una nuova norma fondamentale può essere presupposta, e questo perché la norma fondamentale è una mera conseguenza esplicativa dell'effettività del diritto. Per una più approfondita analisi dei passi kelseniani appena citati vedi A. ANDRONICO, *Custodire il vuoto. Studio sul fondamento del sistema giuridico*, in «Philosophy Kitchen. Rivista di filosofia contemporanea», 2014, 1, pp. 113-151.

terreno' della sovranità. Il problema dell'origine del politico conduce tuttavia Arendt a evocare, in modo quasi nostalgico, il mito primigenio della *polis* greca⁽⁴⁷⁾ nella quale etica e politica erano due facce della stessa medaglia e la cittadinanza non era concepita come un requisito formale per l'esercizio dei diritti politici ma si risolveva nell'agire degli uomini orientato al bene comune entro lo spazio condiviso della città. Lo spazio vuoto del politico descritto da Schmitt non viene così 'riempito' da Hannah Arendt mediante la progettazione di un modo nuovo di organizzare la società politica del suo tempo, o elaborando un nuovo assetto costituzionale in risposta ai crimini perpetrati dai totalitarismi⁽⁴⁸⁾. Arendt di fatto rinuncia a questo compito, ripiegandosi nel pensiero di una dimensione comunitaria irrimediabilmente perduta, come se l'unico modo per sfuggire al dispositivo schmittiano fosse quello di sottrarsi alla storia.

Gli esempi appena proposti forniscono alcune indicazioni interessanti con riguardo alle transizioni storiche che coinvolgono i paradigmi filosofico-giuridici. La presa di congedo da un modo di concepire la politica e il diritto che ha caratterizzato un'epoca, quale quello delineato da Carl Schmitt, non può trovare pieno compimento laddove il termine *ad quem* della trasformazione faccia propri, anche solo mediante un atto di negazione, i presupposti di ciò che si intende abbandonare. Il compiersi della transizione richiede un salto, una sorta di mutazione genetica nella sintassi del pensiero, tale da rendere il discorso filosofico irriducibile alla concettualizzazione dei problemi del passato. Solo in virtù di questo salto, che segna una discontinuità nei processi di trasformazione, possono nascere concetti nuovi attorno ai quali coagulare le esperienze del passato e la progettualità del futuro. Quanto appena detto acquista rilevanza anche sul piano meta-storico. Abbiamo in precedenza osservato che le transizioni epocali nel capo del diritto e della politica si articolano in una pluralità di piani di sviluppo, segnati da scansioni temporali distinte. Ma la transizione storica incrocia talora snodi problematici che assumono la forma di circoli viziosi ove la trasformazione ristagna poiché la raffigurazione consolidata di un problema sociale o istituzionale non consente di offrire ad esso risposte nuove. Le transizioni storiche, per trovare compimento, esigono dunque momenti di discontinuità, fratture col passato capaci di dischiudere orizzonti inesplorati al pensiero e all'azione.

(47) Cfr. H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, trad. it. di S. Finzi, Milano, Bompiani, 1988, cap. II.

(48) Vedi su questo punto, tra gli altri, G. RAMETTA, *Comunicazione, giudizio ed esperienza in Hannah Arendt*, in *Filosofia politica e pratica del pensiero. Eric Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt*, a cura di G. Duso, Milano, FrancoAngeli, 1988, p. 286.

PIO CARONI

DALLA COUTUME AL CODICE?

(A proposito di Adrien Wyssbrod,
*De la coutume au code. Résistances à la codification
du droit civil à Neuchâtel sous l'Ancien Régime*, Neuchâtel, 2019)

1. Introduzione. — 2. Un principe inizialmente volenteroso. — 3. E sudditi vieppiù rinunciatari. — 4. Un modello per l'Europa? — 5. Ma c'è codice e codice. — 6. Sulla normatività dei *coutumiers*. — 7. Per concludere.

1. *Introduzione.*

Nel 1707, alla morte senza eredi di Marie d'Orléans Duchesse de Nemours, ultima duchessa di Neuchâtel della dinastia di Orléans-Longueville, a Federico I di Hohenzollern, Re di Prussia, fu attribuito il Principato di Neuchâtel, che la sua dinastia tenne poi praticamente fino al 1848⁽¹⁾. Era in realtà «un petit État polymorphe» (p. 263) di soli 32.000 abitanti a metà Settecento. Malgrado le apparenze ben strutturato, un vero mosaico di istanze, ordini e ceti, tutti operanti e operosi in sequela ad un modello gerarchico chiaro e scontato, mai vacillante prima del XIX secolo⁽²⁾. E ora gestito in unione personale⁽³⁾ da una monarchia già indiscutibilmente potente sullo scacchiere continentale.

⁽¹⁾ Unica interruzione fu la breve parentesi francese, dal 1804 al 1814. Sulla successione del 1707 orienta in dettaglio A. BACHMANN, *Die preussische Sukzession in Neuchâtel. Ein ständisches Verfahren um die Landes Herrschaft im Spannungsfeld zwischen Recht und Utilitarismus (1694-1715)*, Zürich, 1993. Notevole anche la recensione da parte di un caro collega, che l'ambiente di Neuchâtel lo conosceva bene per esperienza personale, cioè HANS-PETER BENÖHR in «Ius commune», 21 (1994), pp. 457-462. Mi piace anzi pensare che, se il destino non ce l'avesse rapito anzitempo, quest'opera di Wyssbrod l'avrebbe recensita magistralmente lui.

⁽²⁾ L'autore descrive compiutamente i singoli attori di questo storico copione, ma lo fa solo poco prima di concludere il suo saggio, ossia alle pagine 262-263, 288-292, il che — su un piano didascalico — può apparire discutibile.

⁽³⁾ Sul significato concreto di questa espressione pp. 91-92, 238, 293.

Non meno di mille chilometri separavano Neuchâtel da Berlino. Mille chilometri, che una staffetta copriva, a seconda delle circostanze, in due, tre settimane. Dal che si deduce che i sudditi vivevano letteralmente fuori mano, chi a Berlino se ne occupava lo faceva perciò *scrivendo*. Scrivendo si informava, formulava richieste, reclamava risposte, impartiva ordini. E scrivendo reagivano i sudditi: anzitutto per ribadire la loro fedeltà al Principe, che peraltro non avevano mai visto⁽⁴⁾, per sollecitare qualche intervento, fornire qualche spiegazione, recapitare qualche giustificazione. È lecito parlare di una gestione epistolare del potere o, se vogliamo, di una *comunicazione stabilmente diacronica*, destinata per vocazione a facilitare malintesi e a provocare disfunzioni⁽⁵⁾. Ma che nel contempo stimola lo storico, perché gli consegna una documentazione eccezionale. Lo ha ovviamente intuito al volo l'autore di questa ricerca, che si è dedicato ad esplorare il tesoro delle fonti inedite conservate negli archivi segreti di Berlino con esemplare determinazione (pp. 23-26, 344-345). Il che gli ha poi permesso di confezionare un quadro vivace e credibilissimo del vicendevole, problematico rapporto fra un Principe assente ma spesso volenteroso e sudditi sostanzialmente ingovernabili. Un quadro, che la prima parte di questa ricerca, quella che corrisponde a quanto anticipa il sottotitolo, elabora con encomiabile linearità (pp. 53-186).

2. *Un principe inizialmente volenteroso.*

Da un punto di vista giuridico Neuchâtel era indubbiamente terra di *droit coutumier*. Quindi di un diritto consuetudinario finora più volte raccolto e messo per iscritto⁽⁶⁾, ma mai esplicitamente sanzionato da un sovrano⁽⁷⁾. Al Re di Prussia, una volta diventato anche Principe di Neuchâtel, ciò non poteva sfuggire. Già perché taluni *articles généraux* stipulati inizialmente fra le parti, lo incaricavano esplicitamente dapprima di rielaborare, poi di mettere per iscritto «en un corps clair, abrégé et facile» la *coutume* del paese. E per di più di farlo nel pieno rispetto sia delle «loix et constitutions fondamentales

(4) Per tutto il XVIII secolo nessun Re di Prussia affrontò la trasferta fino a Neuchâtel (pp. 90, 123).

(5) P. 116 e ss. Qui anche un esempio concreto, proprio in tema di codificazione, pp. 117-119.

(6) Le diverse redazioni allestite prima del 1707, fra cui il noto *Coutumier Hory* del 1610, vengono elencate alle pp. 53-62.

(7) Dalla mancanza di una promulgazione l'autore deduce poi che «durant tout l'Ancien Régime, Neuchâtel demeure un pays de droit oral» (p. 17). Il che, come vedremo, appare più che problematico.

de l'état en général», sia di tutte le consuetudini comechessia condivise nel territorio del principato⁽⁸⁾. Il primo, Federico I, tentò almeno di corrispondervi, senza peraltro concludere gran che (pp. 64-67). Il secondo, Federico Guglielmo I, fu ampiamente latitante; il terzo però, Federico II, che gli succedette e che regnò quasi mezzo secolo (1740-1786) con la saggezza tutta illuminata del principe assoluto, non lasciò nulla di intentato. Il che non sorprende, se solo si considerano la costanza, e in fondo anche il successo, delle sue reiterate iniziative destinate a snellire il corso della giustizia e a completare la legislazione in terra di Prussia «avec l'applaudissement de toute l'Europe, dont plusieurs puissances ont suivi son exemple»⁽⁹⁾.

Anche a Neuchâtel dunque ci provò davvero, a due riprese. Dapprima propiziando l'elaborazione di progetti o modelli da parte dei sudditi, che si riservò poi di esaminare ed approvare (p. 67 e ss.). Ma che poi, per un motivo o per un altro, non gli piacquero e che perciò respinse. Si arenò anche lo sforzo di un giurista titolato, Samuel Ostervald⁽¹⁰⁾, complice lo scoppio della guerra dei sette anni (1757-1763), che costrinse il Principe a occuparsi di ben altre urgenze (pp. 74, 119, 273). Tornata la pace Federico II riprova e incarica uno dopo l'altro due autori che, poco dopo aver messo mano al lavoro, decedono (p. 79 e ss.). Alla fine, provato da queste impreviste defezioni, ma anche dalle manifeste e incessanti ostruzioni degli ingovernabili sudditi, che sfruttavano sistematicamente la lontananza del Principe come anche l'indolenza di quei governatori, che aveva delegato a rappresentarlo⁽¹¹⁾, persino a Federico il Grande caddero le

(8) Vedi il testo degli *articles généraux* del 1707 citati, pp. 63-64. Ad essi si riferisce l'autore quando afferma che condizionavano ampiamente l'autonomia del Principe, rispettivamente gli legavano le mani (pp. 63-64, 218-219).

(9) Così Federico II in persona, che l'autore cita ripetutamente *in extenso* (pp. 103, 105, 214, 273). La legislazione prussiana, massime il progetto di un *Corpus iuris Fridericiani* e l'ALR del 1794, venne spesso evocata in contesti neocastellani, ma mai seriamente ritenuta (o proposta) quale imitabile modello (pp. 72-73, 82-83, 123, 224, 227, 228, 293).

(10) Ostervald è anche l'unico, quindi solitario, giurista neocastellano, nel quale ci si imbatte leggendo Wyssbrod, pp. 70 e ss., 180-184, 299 e ss. Autore di un *coutumier* stampato *post mortem* nel 1785, gli fu più volte rimproverato di aver gonfiato oltre misura l'importanza del diritto romano. Sarà vero. Ma è altrettanto vero, che il (complesso) tema della (eventuale) recezione di questo diritto viene dall'autore liquidato con un unico rapido rinvio bibliografico ad un (meritorio) lavoro di Sven Stelling-Michaud pubblicato nel 1955. Anche se le ricerche continuarono poi, a lungo e assiduamente.

(11) Il Principe cronicamente assente delegava a rappresentarlo *in loco* governatori scelti male e poco motivati, spesso militari in fine carriera, che comprensibilmente

braccia. Si era proposto di emendare lo stato della giustizia, che riteneva catastrofico⁽¹²⁾; sperava di arrivarci anche a Neuchâtel come nel più vasto regno prussiano (pp. 273, 293), promuovendo la conoscenza del diritto vigente, ad esempio ufficializzando la redazione scritta di *coutumes* preventivamente aggiornati. Scontratosi con l'indifferenza dei sudditi, peggio ancora con la loro resistenza passiva, caduto più volte nei tranelli tesi dalla loro rusticana astuzia⁽¹³⁾, amareggiato e sempre più solitario, la sua determinazione finalmente gli venne meno (pp. 32, 122-125, 156-157, 223, 161, 273-274).

Quanto poi al suo successore, Federico Guglielmo II, a dire la verità non ci provò nemmeno. Già nel 1791, confrontato con l'antico progetto e la tradizionale letargia delle autorità neocastellane, si accontentò di concludere ribadendo: «Nous ne voyons aucune nécessité de les y sommer» (pp. 82, 124-125, 164).

Quale dunque la logica di questo clamoroso *revirement*? Solo la stanchezza, o l'intensità di una delusione, non la spiegano. Ma non è difficile intuirlo, già perché la documentazione diligentemente raccolta e spulciata dall'autore permette di appurarla senza ombra di dubbio. Pare dunque che, con il passar del tempo, le resistenze incessanti e spesso subdole dei sudditi stancassero il Principe. Lo convinsero a passare all'acqua bassa, non correre rischi inutili, evitare atteggiamenti impopolari, quindi a non provocare. Ad accontentarsi, sembra possibile aggiungere, di concedere *protezione* ai sudditi lontani, in cambio di gettiti fiscali, quelli sì versati puntualmente⁽¹⁴⁾. Una volta garantite queste entrate, poteva essere utile moderare i desideri, anche per non indurre i sudditi a 'consegnarsi' nelle mani (peraltro molto vicine e

consideravano l'*officium* quale tranquilla fase di pensionamento. Perciò di regola anche loro latitanti e spesso vittime delle *combines* orchestrate dai poteri locali, vedi ad es. pp. 19, 62-63, 96 e ss., 293. Rappresentò dapprima una eccezione il maresciallo scozzese Keith, arrivato nel 1754 e latore di specifiche istruzioni concernenti contenziosi giuridici. Ma lui pure, alle prime resistenze dei sudditi, capitò (pp. 103-108).

⁽¹²⁾ Pp. 105, 159, 164, 273; ma vedi anche M. DE TRIBOLET, *Société d'ordres et égalité républicaine: coutume, codification et perception du droit en pays neuchâtelais 1755-1855*, in *Conservatisme, réformisme et contestation. Aux origines de la Révolution neuchâteloise de 1848*, a cura di P. Henry, Neuchâtel, 1999, pp. 79-85, specialmente p. 80.

⁽¹³⁾ Capitò spesso che i sudditi reclamassero il rispetto delle loro «constitutions et franchises», di quelle scritte come delle altre *non scritte*. Ragione per cui potevano poi opporre al Principe — quando desiderava conoscerne puntualmente il testo — che non erano in grado di corrispondere a questo suo desiderio. Vedi ad es. pp. 113, 149 e ss., 156.

⁽¹⁴⁾ A più riprese l'autore parla di un semplice *protettorato* (ad es. pp. 21, 86, 91-92, 122-123, 148, 157, 311).

notoriamente accoglienti) della Francia o dei Cantoni svizzeri⁽¹⁵⁾. Poteva perciò risultare ragionevole accontentarsi di un semplice *arrangement* con le autorità locali, massime con quelle dominate dall'oligarchia cittadina. Il che in sostanza significava limitarsi a ratificare le decisioni del Consiglio di Stato (pp. 89, 91, 94), abbandonando ogni ulteriore ambizione, quella volta a 'codificare' compresa (pp. 273-274, 277, 281, 284).

3. *E sudditi vieppiù rinunciatari.*

Sarebbe una forzatura se, arrivato a questo punto, aggiungessi che in fondo anche i sudditi la 'codificazione' non la volevano. Poiché non risulta che l'obbligo accollato al Principe negli articoli del 1707 fosse loro invisibile. Rifletteva piuttosto il desiderio di riordinare la normativa giuridica, sfruttando l'esperienza e la buona volontà del Principe prussiano. Ma anche a livello formale fu più volte segnalato l'auspicio di rendere più attendibile la trasmissione e l'accertamento del diritto consuetudinario, peraltro già raccolto in numerose versioni⁽¹⁶⁾. A più riprese se ne fece interprete il *Tribunal des trois-États*, quindi la massima autorità legislativa e giudiziaria (p. 126 e ss.), in numerose istanze trasmesse al Governo della città, dunque al *Conseil d'État*, fra il 1756 e il 1785⁽¹⁷⁾. Istanze che, contrariamente a quanto ritenuto finora, godevano pure dell'appoggio loro tributato dalla borghesia cittadina di Neuchâtel⁽¹⁸⁾.

A insabbiare tutto — e mai verbo sembrò più azzeccato — ci pensò il *Conseil d'État*. Composto da 21 membri dell'aristocrazia cittadina e presieduto — quando era presente *in loco*, quindi solo saltuariamente — dal Governatore (p. 143 e ss.), era in realtà il vero antagonista del Principe. Non contestò mai esplicitamente l'opportunità della richiesta, nemmeno espresse mai riserve *vis-à-vis* della sua urgenza. Ma semplicemente e con bella costanza non le diede nessun seguito, fece resistenza. Una interminabile resistenza passiva e silenziosa⁽¹⁹⁾. Il che spinge l'autore — che tratta questo tema con grande

(15) Agli occhi del Re di Prussia Neuchâtel rappresentava infatti un comodo (ma appunto non del tutto affidabile) cuscinetto antifrancese, che sembrava comunque utile non perdere, pp. 93, 122.

(16) Vedi l'elenco alla p. 165 e ss.

(17) Elenco alle pp. 132-133.

(18) L'autore respinge, peraltro con buone ragioni, la teoria finora dominante, che accusava la borghesia di aver osteggiato la codificazione, pp. 135-143.

(19) Pp. 149-153. Il che suona a conferma della tesi, secondo la quale non resistenze qualunque, magari orchestrate dal basso, ma solo quelle fraposte da gruppi influenti furono davvero in grado di bloccare le procedure (p. 227).

equilibrio — a parlare di « ambivalence étonnante » (p. 144), quando non di condotta ambigua e incomprensibile (pp. 149, 157). In altre parole: il *Conseil d'État* si comportò con gli emissari del Tribunale proprio come rimpetto al Principe. In apparenza deferente ed ossequioso, in realtà esclusivamente dedito a gestire i propri interessi, « une anarchie parfaite », secondo il giudizio di un attento contemporaneo (p. 155). Anche a me questo atteggiamento pare ambiguo, persino indisponente. Ma incomprensibile non direi. Perché una sua logica l'aveva. Era la logica di chi lottava per emergere politicamente, sfruttando la cronica assenza del concorrente più temuto. Di chi difendeva, fra altre cose, una formulazione vaga, sfuggente, evanescente, in una parola *floû*, delle regole giuridiche (pp. 153, 157-158), potendosi solo così sottrarla a quella chiarificazione, a quel riordino, al quale il Principe aspirava quando si proponeva di « réduire en Code et en système »⁽²⁰⁾ le regole vigenti. La strategia rinunciataria del *Conseil d'État*, destinata a lasciar sistematicamente cadere nel vuoto sollecitazioni e suppliche, a queste condizioni e date queste premesse, appare logica e pagante.

Del resto, anche prescindendo da questo aspetto, è bene ricordare che pure a livello popolare il programma 'codificatorio' del Principe non provocò apprezzamenti più positivi, men che meno applausi. Lo ribadisce puntualmente l'autore quando afferma che molti sudditi sapevano leggere (pp. 180, 243 e ss.), potevano perciò ragguagliarsi autonomamente ovvero appoggiandosi ai diversi *coutumiers* manoscritti (pp. 158-159, 165 e ss., 177-178), come pure a quello allestito dal citato Ostervald e finalmente stampato nel 1785, ovvero consultando un'operetta di carattere didascalico-divulgativo di Jacques-François Boyve pubblicata nel 1757, dal titolo significativo: *Examen d'un candidat pour la charge de justicier par demandes et réponses familières sur les matières de la pratique de Neuchâtel et Valangin*⁽²¹⁾. Anche loro, in altre parole, non denunciarono l'incertezza, non avevano perciò motivo di ricorrere al Principe per sconfiggerla (pp. 158-186). Dire che loro faceva comodo è forse esagerato. Ma certo non li svantaggiava.

⁽²⁰⁾ Queste però sono parole del giurista Samuel Ostervald, che il Principe condivide esplicitamente, vedi pp. 72-73.

⁽²¹⁾ Pp. 69, 162-163, 174, 182, 184, 245, 260. Vedi in merito, dello stesso autore, *Jacques François Boyve et son examen d'un candidat; l'œuvre officieuse d'un législateur neuchâtois*, in *Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit*, a cura di Ph. Meier, P. Pichonnaz, Zürich, 2014, pp. 19-30.

4. *Un modello per l'Europa?*

Arrivati fin qui, giunti alla fine della peripezia neocastellana così magistralmente studiata e descritta, sorprende dapprima il desiderio dell'autore di sottolinearne il valore solo strumentale. In altre parole: non sarebbe corretto ritenerla unica ed eccezionale, perché in realtà fu un vero e proprio «cas d'école», dunque un modello ideale (pp. 18-20, 23, 53, 218, 278). Di colpo, si vorrebbe dire, Neuchâtel ci appare quale laboratorio; quindi le resistenze opposte ai tentativi principeschi di riordinare le consuetudini locali non sarebbero volgari *trouvailles*, ossia miniature di una realtà appartata e recondita, ma limpida espressione di una tendenza e di una regola (pp. 217-218), perciò di un fenomeno ovunque rilevabile in ambito continentale. Fornirebbero ragguagli fondamentali sulla discutibile tenuta del modello assolutistico, ne renderebbero clamorosamente visibili i limiti. Evidenziando che la *maîtrise* del principe assoluto sul diritto non fu totale (pp. 20, 215, 235, 313), contribuirebbero a correggere (rispettivamente mitigare) l'immagine del principe-despota, che sembra pesare sulla quotidianità dell'Ancien Régime (p. 23).

Imboccata che fu questa strada, era difficile resistere alla tentazione di percorrerla fino in fondo. Perciò non sorprendono le conclusioni che l'autore formula in capo ai suoi ragionamenti. Le riassumo così:

il XVIII secolo sarebbe il secolo della generale infatuazione (*engouement*) per la codificazione del diritto (pp. 62, 67, 210 e ss.), ma anche dell'altrettanto generale naufragio (*échec*) dei relativi sforzi (pp. 19-20, 205 e ss., 215 e ss.). Solo nell'Ottocento le resistenze indeboliscono e spianano finalmente la strada ai codici, a partire da quello francese del 1804 (p. 229).

Tento anzitutto di relativizzarle, queste conclusioni, osservando dapprima che nel corso del secolo furono *quand même* promulgati (per accontentarmi di quanto documentabile in area civilistica e germanofona) il *Codex maximilianeus bavaricus civilis* del 1756 in Baviera⁽²²⁾, il *Josephinisches Gesetzbuch* del 1787⁽²³⁾ e il *Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien* del 1797⁽²⁴⁾ in Austria, senza dimenticare l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* del 1794, del

(22) Puntualmente ricordato dall'autore quale «rare réalisation heureuse du XVIII siècle» (p. 215).

(23) W. BRAUNEDER, *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation*, I, *Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900*, Berlin, 2014, p. 38 e ss.

(24) Ivi, p. 40 e ss.

quale si dirà ancora. E aggiungendo che se è vero che durante il Settecento maturarono molti progetti, poi abbandonati o 'bloccati' ⁽²⁵⁾, è anche vero che non fallirono *mai* in sequela a resistenze passive dei sudditi paragonabili a quelle neocastellane, ma piuttosto a decisioni ben più esplicite e complesse, spesso provenienti direttamente dall'alto ⁽²⁶⁾. Se documentano qualcosa di concreto, certo non uno svigorimento dell'assolutismo, ma semmai il suo contrario.

E poi non posso tacere, che mi risulta comunque curioso studiare l'assolutismo politico (che è una realtà storica continentale), tentare di appurarne lo spessore concreto, di giudicarlo in una parola l'effettività, di fare tutto questo studiando, come fa Wyssbrod, la realtà di un minuscolo principato lontano mille chilometri dal proprio monarca e mille miglia dalla ferialità dell'assolutismo prussiano. Non esiste magari il pericolo — così facendo — di prendere lucciole per lanterne, rispettivamente di sopravvalutare un *unicum*? O, peggio ancora, di generalizzare la (comunque non disinteressata) rassegnazione di Federico II, fino a farne una *allure* tipica di ogni monarca assoluto, magari la prova del suo limitato interesse per la 'codificazione' del diritto, persino (ancora una volta generalizzando) della marginalità dell'istanza codificatrice in epoca illuministica? (p. 295 e ss.) Sbaglierò, ma non posso tacere che su questo punto le tesi professate con brio dall'autore mi sembrano tendenzialmente spericolate.

5. *Ma c'è codice e codice.*

Anche questa ricerca esplora dunque la storia della codificazione del diritto privato. Lo farà a modo suo, l'abbiamo visto, ma non senza impegno. È una storia che secondo l'autore decolla in modo promettente nel corso del XVIII secolo, ma poi si perde, sbiadisce, viene bloccata da quelle resistenze, che il caso neocastellano docu-

⁽²⁵⁾ Gli esempi più conosciuti sono il *Corpus iuris fridericiani* del 1746-1751 in Prussia e il *Codex Theresianus* del 1753-1766 in Austria. Vedi in merito G. WESENER, *Kodifikationen und Kompilationen. Reformprogramme und Landrechtsentwürfe des 17. und 18. Jahrhunderts*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Romanistische Abteilung 127, 2010, pp. 202-244, specialmente p. 229 e ss.

⁽²⁶⁾ Sull'insuccesso del *Corpus iuris fridericiani* vedi U.-J. HEUER, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf. Die Auseinandersetzungen um die Prinzipien des Allgemeinen Landrechts Ende des 18. Jahrhunderts als Ausdruck der Krise des Feudalsystems in Preussen*, Berlin, 1960, p. 80; WESENER, *Kodifikationen und Kompilationen*, cit., pp. 230-234. Su quello del codice teresiano H. STRAKOSCH, *Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753-1811)*, München, 1976, pp. 34-42.

menta in modo esemplare. Implicitamente ci costringe a riaprire il discorso sul significato storico di lemmi comprensibilmente al centro dell'attenzione, ossia di *code* e *codification*. L'autore li maneggia con invidiabile disinvoltura, come un abile *jongleur*, dopo essersi comunque assestato su una definizione concreta, quella formulata anni fa da Jacques Vanderlinden (p. 41).

Per una volta me ne occupo qui non rincorrendo la genesi storica dei concetti, ma servendomi del prisma della società, ossia della storica *Kodifikationsgesellschaft* in procinto di (ri)formulare il diritto secondo le esigenze (e magari le urgenze) del momento⁽²⁷⁾. Se è vero che esiste una corrispondenza di fondo (*Gleichschaltung*) fra le strutture portanti della società (quelle che talvolta chiamiamo *modello sociale*) e il relativo sistema normativo⁽²⁸⁾, deve essere possibile appurare il significato dei lemmi ricordati studiando come una società se ne serve, come ne tiene conto o li metabolizza.

Codificare significa etimologicamente raccogliere (e perciò anche rinchiudere) in un libro regole giuridiche. Che possono essere *ovvero* già operative (ma appunto spagliate), *ovvero* nuove di zecca. Nei due casi chi codifica *rinchiudendo isola*, cambia perciò inevitabilmente le regole del gioco⁽²⁹⁾. Solo impercettibilmente dapprima, quando si accontenta di *semplificare* l'assetto delle fonti; più radicalmente e secondo programma poi, quando vorrà invece anche *unificarlo*.

Il 'codice' dell'Ancien Régime si accontenterà ovviamente di *semplificare*: connotato dal pluralismo di ogni società ancora attuale, quindi istituzionalmente frazionata, ossia feudale, attenta più che altro a rispettare gli equilibri cresciuti negli anni, raccoglierà, ordinerà, compilerà regole di ascendenza sostanzialmente *consuetu-*

⁽²⁷⁾ P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel, 2015, p. 35; ID., *E se anche il codice fosse un messaggio?*, in «Quaderni fiorentini», 47 (2018), pp. 58-109, specialmente pp. 79-82.

⁽²⁸⁾ Ho tentato occasionalmente di ragionare su questa corrispondenza, che sposta salutarmente il discorso sull'asse sociale, da ultimo in *Codificare sui due versanti: quello civile e quello penale. Riflessioni sul mito del codice-guida*, in Giuseppe Luosi, *giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione*, a cura di E. Tavilla, Modena, 2009, pp. 337-363, nota 58. Condivide questa certezza e vi si appoggia svolgendo temi di storia giuridica anche Maurice De Tribollet, ad esempio nello scritto già citato *supra*, nota 12, ma anche in *Le débat idéologique autour de l'abolition de l'hérédité nécessaire, 1822-1850*, in «Revue historique neuchâteloise», 1997, pp. 269-280.

⁽²⁹⁾ Lo ammette, almeno *obiter dictum*, anche l'autore, p. 48. Indimenticabili, in merito, i lavori di Gérard Timsit che cito in CARONI, *Il codice come messaggio*, cit., p. 59 nota 4.

dinaria. Quello invece sognato nell'Ottocento dalla nuova società postrivoluzionaria e per essa definito in via *legislativa*, aspirerà a *unificare* (nel significato polisemico di questa espressione⁽³⁰⁾). Potrà finalmente rivolgersi a tutti senza distinzione, tutti essendo oramai diventati uguali/uniformi soggetti giuridici. Anzi: *dovrà* farlo, così volendo il nuovo assetto costituzionale e soprattutto così reclamando il nuovo e impellente programma economico all'insegna del mercato. Due realtà storiche, dunque, diciamo pure due mondi, che è opportuno distinguere e tener separati anche in tema di fonti normative.

Lo sapeva bene del resto anche Federico Guglielmo II, Re di Prussia. Quando nel gennaio del 1794 gli fu presentato il progetto prussiano miracolosamente redivivo dopo la catastrofica «Suspension»⁽³¹⁾, ordinò a Carmer di modificarne il titolo. Dal 1780 in poi era stato chiamato «Allgemeines Gesetzbuch», e nessuno se n'era mai adombrato. Ora però, improvvisamente, al re quel titolo dispiaceva, lo trovava «aus guten Gründen nicht angemessen». Ordinò perciò di cambiarlo, di chiamare il tutto «Allgemeines Landrecht», intendendo così ricollocare l'opera nel suo contesto storico, che era ancora indiscutibilmente feudale⁽³²⁾.

Sarebbe imperdonabile, se ora mi azzardassi ad affermare che Wyssbrod ignora questa storica bipartizione. La conosce⁽³³⁾, anche se la definizione di Vanderlinden non ne tiene conto. Ma ho ugualmente

⁽³⁰⁾ Espressione che riassumo in CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 43-44. Va perciò intesa dapprima su un piano geografico-territoriale, dipoi su uno materiale-disciplinare e per finire su quello sociale.

⁽³¹⁾ Su questo ancora oscuro capitolo della storia della codificazione prussiana vedi anzitutto Th. FINKENAUER, *Vom allgemeinen Gesetzbuch zum Allgemeinen Landrecht. Preussische Gesetzgebung in der Krise*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Germanistische Abteilung 113, 1996, pp. 88 e ss., 144 e ss.; HEUER, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf*, cit., pp. 173 e ss., 193 e ss.; H. HATTENHAUER, *Einführung in die Geschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts*, in *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, Textausgabe, Frankfurt a. M./Berlin, 1970, pp. 11-39, specialmente p. 24 e ss.; C. BARZEN, *Die Entstehung des „Entwurf(s) eines allgemeinen Gesetzbuches für die preussischen Staaten“ von 1780 bis 1788*, Konstanz, 1999, pp. 244-249.

⁽³²⁾ Così dapprima HEUER, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf*, cit., p. 253, che vide nella preferenza di 'Landrecht' a 'Gesetzbuch' una «Betonung der Ähnlichkeit mit alten feudalen Regelungen [...] und Leugnung jeder Beziehung zu modernen Konstitutionen»; così sostanzialmente anche FINKENAUER, *Vom allgemeinen Gesetzbuch*, cit., pp. 186-188; HATTENHAUER, *Einführung*, cit., p. 29 e BARZEN, *Entstehung*, cit., p. 249.

⁽³³⁾ Vedi ad esempio pp. 40-42, 47 e ss.

l'impressione che non le attribuisca un'eccessiva importanza. Che dunque non la prenda troppo sul serio, che ci giochi un po' attorno e non gli dispiaccia sorprendere poi il lettore con qualche acrobazia verbale. Ad esempio affermando che «le code précède la codification» (pp. 29, 44-45, 204-205), o che la maggior parte dei progetti elaborati nel corso del XVIII secolo «constituent plutôt des codifications innovations» (p. 48). Oppure chiamando occasionalmente con terminologia uniforme cose diverse. Magari proprio i due codici così diversi, testé ricordati⁽³⁴⁾. Sarebbe stato preferibile resistere alla malia delle parole, precisarle e distinguere con maggior determinazione, magari già formulando il titolo dell'opera, che a me pare bivalente, forse anche ambiguo. Già perché non precisa con la chiarezza augurabile l'argomento *esclusivo* di questa ricerca, ossia il *codice che semplifica*, dunque quello che raduna, riordina e compila il diritto consuetudinario dei diversi *coutumiers*. Quello che il principe all'inizio della dominazione 'prussiana' si era impegnato ad allestire (pp. 63-64), che vari protagonisti tentarono dipoi di elaborare (pp. 58, 61, 63, 70), che il *Tribunal des Trois-États* a lungo non si stancò di reclamare in accorati (ma appunto costantemente ignorati) appelli al *Conseil d'État* (pp. 132-133). Stemperarlo, questo tema esclusivo, in acque che non sono le sue, nelle seriori esperienze del codice che unifica, a volerlo si può e l'autore ovviamente non sa resistere⁽³⁵⁾. Ma qui è il caso di chiedere: *cui prodest?*

6. Sulla normatività dei *coutumiers*.

Non posso perciò escludere, che proprio questa udienza quasi preferenziale implicitamente concessa dall'autore al codice che innova, quindi a regole di palese estrazione *legislativa*, abbia poi condizionato il suo approccio al diritto (non legislativo, ma) consuetudinario dei diversi *coutumiers* neocastellani. E più precisamente: a un diritto consegnato in numerose versioni⁽³⁶⁾, diffuso capillarmente ovunque e in grado, fino a metà Ottocento, di corrispondere pienamente

⁽³⁴⁾ Come interpretare altrimenti quanto si afferma a p. 312: «Enfin, le XVIIIe siècle n'est pas le siècle de la codification, mais celui de son échec, ou plus précisément de sa recherche?»

⁽³⁵⁾ Lo attestano numerosi rinvii al *Code civil* di Neuchâtel del 1853-1855 (elaborato e promulgato in sequela alla rivoluzione del 1848), al *Codice civile* svizzero del 1907, ai tentativi di unificare il diritto privato dell'UE, alla recezione del *Code civil* francese in Giappone o del codice civile svizzero nella Turchia kemalista. Rinvii che mi hanno incuriosito, lo ammetto volentieri, ma che ritengo ugualmente inconcludenti.

⁽³⁶⁾ Vengono ripetutamente elencati, ad esempio p. 165 e ss.

al fabbisogno giuridico del paese (p. 177). L'autore se ne occupa ripetutamente, già perché questo fu il diritto che i sudditi salvarono dalle mire «codificatrici» del Principe. Ma al lettore non sfugge, che vi si accosta sempre con grande prudenza, una prudenza non scevra di riserve. Che poi rifluiscono nei suoi ragionamenti, quelli ad esempio che sottolineano l'*enigmaticità* dei *coutumiers*, peraltro attestata dalla loro destinazione *ambigua* (pp. 172, 174-175). Lo incuriosisce visibilmente il fatto, che godettero di un innegabile seguito, che furono ovunque considerati raccolte di diritto vigente *ancorché* di regola privi di qualsiasi sanzione esplicita. Una sanzione però, va pure aggiunto, che né i giudici né il popolo dei *justiciables* non hanno mai atteso, convinti come erano che la consuetudine non abbisognasse di un fondamento esterno, di una giustificazione posteriore o di un riconoscimento supplementare (legislativo e/o autoritario) per imporsi. Acquisiva forza normativa senza chiedere il permesso a nessuno, senza bussare a nessuna porta, semplicemente quando veniva condivisa e praticata. Aveva la sua ragione di vita in sé stessa, nel suo farsi. Generalmente privi di sanzione «et pourtant utilisés», i *coutumiers* godettero perciò di innegabile autorità (pp. 38, 41, 77, 133, 173-176) e sostituirono a lungo il/un codice (comunque) inesistente (p. 177). Perché allora metterli in cattiva luce, ritenendoli enigmatici e ambigui? Una volta, tanti anni fa, bastava appellarsi alla *opinio iuris vel necessitatis*, ossia ad un criterio che implicitamente rinviava al passato, dal quale traeva forza e legittimazione. Forse che anche questa reliqua certezza sta per venir sommersa da uno sguardo più smaliziato? Se già abbiamo perso la capacità di garantire un futuro decente al diritto consuetudinario costantemente aggredito dalla stretta legalistica del codice, salviamo almeno il ricordo di tempi, nei quali godeva di una indiscussa superiorità semantica *vis-à-vis* del diritto sancito dai codici, oramai tutti unificanti⁽³⁷⁾.

7. Per concludere.

Tiriamo dunque le somme, anche se non mi è agevole farlo. Occorre infatti distinguere. Una lode piena e incondizionata merita secondo me la prima parte (pp. 51-186), quella che ricostruisce la difficile 'convivenza' fra il Principe (prussiano) di Neuchâtel e i suoi sudditi (a dire la verità un po' indisponenti). Che è splendida e convincente. Tutto il resto consiste in un inno alla valenza continentale del

⁽³⁷⁾ Ne parlo in P. CARONI, *Consuetudo. Eine Einleitung*, in «Commentationes historiae iuris helveticae», 6 (2010), pp. 1-12, specialmente pp. 10-11 (Die semantische Überlegenheit des Gewohnheitsrechts).

modello neocastellano, cantato spesso *d'une voix un peu saccadée*⁽³⁸⁾; o se si vuole nel tentativo di riscrivere la storia dell'assolutismo europeo sfruttando quanto avrebbe insegnato l'asse Berlino-Neuchâtel. Ecco, questo inno mi lascia scettico, persino incredulo.

⁽³⁸⁾ Va pur detto che quest'opera è leggermente appesantita da aspetti formali, che non ne facilitano né la lettura, né la metabolizzazione. Ad esempio da innumerevoli ripetizioni, da una struttura formale evanescente, persino dall'accavallarsi inquieto di troppi caratteri grafici.

GIOVANNI CHIODI

UNA STORIA DEL DIRITTO PRIVATO DIVERSA

(A proposito di Pio Caroni, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel, 2015)

1. Una voce, mille colori. — 2. Dai codici cantonali al codice federale. — 3. Codificare in una società repubblicana. — 4. Quale scienza per il codice? — 5. 'Pubblicizzazione' del diritto privato, 'commercializzazione' del diritto civile: due strategie? — 6. L'irresistibile attrazione del mercato. — 7. Verso il controllo della libertà contrattuale. — 8. La proprietà nel vortice del mercato.

1. *Una voce, mille colori.*

Da sempre le analisi di Pio Caroni sorprendono e spiazzano i suoi interlocutori. Lo fanno attraverso una prosa inconfondibile e di altissima qualità letteraria, che affascina per le sue metafore, per l'impiego studiato e cesellato dei vocaboli e degli aggettivi, ciascuno levigato e dotato di un peso specifico, perfino di un timbro musicale. Uno storico originale, ma anche un grande comunicatore, che sa avvincere e colpire il lettore, facendo uso di termini semplici, di facile comprensione e sempre mirati. Suadente come pochi, il suo discorso è però non solo sempre rigoroso, tecnicamente preciso e puntigliosamente documentato, ma anche tagliente, aguzzo, trasparente: va oltre le apparenze per definizione, guarda oltre le parole dei testi, e più che mai dei codici; non ha paura di rivelare verità scomode, di scompigliare certezze, è anzi spesso provocatorio: combatte a viso aperto le false continuità, scruta la società che dei messaggi normativi è destinataria, la recupera all'orizzonte del giurista, la pone al centro della scena. La *Dogmengeschichte* sta dietro le quinte, perché protagonista è il retroterra sociale, economico e umano da cui i codici rampollano e a cui si rivolge la strategia dei loro artefici.

Anche la sua più recente fatica⁽¹⁾, *summa* di un cammino di studio di parecchi anni, su temi meditati e rivisitati incessantemente, non solo sulla carta ma anche in sede didattica, dalla prestigiosa cattedra

(1) Il volume è inserito nella collana *Schweizerisches Privatrecht* e costituisce il

di Storia del diritto e diritto privato dell'Università di Berna, di cui è stato anche Rettore, e da altri centri di studio che ne hanno ascoltato la lezione, riesce a riprodurre con fedeltà i colori di una voce fuori dal comune⁽²⁾, ed insieme la testimonianza di un impegno scientifico continuo e motivato, di alto spessore civile e culturale.

È un libro che cattura il lettore. Strutturato in dieci paragrafi, tra loro diversi ma strettamente collegati, si presenta come un itinerario alla scoperta del diritto privato elvetico del XIX secolo. Non tanto un'esposizione di regole, massime e principi, e men che meno una storia dogmatica; neppure una storia esterna di avvenimenti, ma molto di più: una rilettura complessiva del fenomeno della codificazione civile, dell'unificazione giuridica e del diritto patrimoniale vista dall'alto del laboratorio ottocentesco svizzero, che l'autore considera a giusto titolo l'inizio di una nuova storia che dura tuttora.

Il libro rivendica la diversità della storia giuridica svizzera e si oppone alla sua forzata omologazione ad altre esperienze, con le quali pure è a stretto contatto. Per il nostro autore, che sull'argomento si è espresso in altri memorabili interventi, lo storico ha il compito di recuperare il passato nel pieno rispetto della sua autonomia, e dunque senza parcellizzarlo o strumentalizzarlo, nella consapevolezza che esso deve sempre essere ricostruito e mai si offre ordinato e oggettivamente dato, mentre occorre pazientemente ricavarlo da tracce («eine Spurensuche», come recita il titolo). Ed ecco che i confini del microcosmo elvetico costituiscono il centro di una storia, filo rosso principale della trattazione e indubbia attrattiva del volume, narrata con straordinaria cognizione di causa dei suoi principali tornanti. Ciò non toglie che l'affresco, in realtà, prometta molto di più, perché lo sguardo dell'autore si allarga a tutto ciò che sta intorno e non si fissa sul singolo particolare locale: come tessere di un mosaico o come pannelli di un polittico composto secondo un preciso disegno, le sue dieci stazioni offrono lo spaccato di una società dapprima in transizione dall'*ancien régime* all'era borghese e poi ancora in mutamento nel corso del secolo: un'interpretazione del diritto privato alla svolta epocale del codice civile e delle sue succes-

numero uno della *Erster Band, Geschichte und Geltungsbereich*, a cura di Sibylle Hofer.

(2) Al fraseggio di Pio Caroni è connaturato il colore, come al pennello di un pittore fuoriclasse da lui molto amato, Paul Klee, che nei suoi *Diari*, il giorno 16 aprile 1914, annotò: «Die Farbe hat mich». L'autore impiega la folgorante espressione dell'artista in un altro senso, esplicitato in P. CARONI, *Die Einsamkeit des Rechts-historikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München, Helbing und Lichtenhahn, 2005, trad. it. *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, presentazione di I. Birocchi, Milano, Giuffrè, 2009, p. 54.

sive vicende, in cui l'esperienza svizzera, senza perdere di specificità, è inserita in un contesto più ampio di trasformazioni e rivoluzioni che abbraccia l'intero XIX secolo e all'occorrenza ne trascende la cronologia per lambire l'inquieto presente. Sì, perché, come avverte l'autore fin dalle prime righe, questo è un libro per i giuristi, che vorrebbe sollecitare a guardare indietro al loro passato per affrontare il presente con spirito critico e abbandonando le lenti deformanti della continuità.

Lucido e coerente è l'itinerario che Pio Caroni si accinge a descrivere. Il capitolo introduttivo ribadisce agilmente e con lucidità gli aspetti fondamentali della sua metodologia, quella di uno storico della codificazione che non ama saccheggiare il passato alla ricerca di conferme, ma preferisce prestare attenzione, con umiltà e rispetto, ai desideri di chi codifica e alle risposte dei destinatari. Il passato è un paese lontano e difficile da raggiungere, che non si presenta auto-evidente agli occhi del suo esploratore, che lo racconterà mettendo in causa la sua soggettività⁽³⁾. È questa la premessa epistemologica ed ermeneutica da cui parte Caroni: «die Unmöglichkeit einer eigentlichen Widerspiegelung in der Vergangenheit» (p. 4). Ancora una volta e con immutata incisività, egli esorta inoltre gli storici ad ampliare i loro orizzonti, a non limitarsi alla storia dell'elaborazione di un codice, che termina quando il messaggio viene recapitato, ma a seguirne gli sviluppi, a ricostruire l'altra *evidenza* della storia, solitamente ignorata, che parte dal traguardo, sfocia nel nostro presente e così «erfasst uns mit einer Unausweichlichkeit, der wir uns schwerlich entziehen können» (p. 6). Basterebbero queste prime righe introduttive e programmatiche ad invogliare il lettore a proseguire. Questa è la storia di un diritto privato diverso, incalza Caroni, bastasse solo il fatto di essere stato prodotto all'interno di un'oasi repubblicana e democratica. Ed è anche il racconto di una storia diversa, che mira a verificare la valenza sociale delle regole del diritto privato e a comprendere per quale motivo proprio in Svizzera il diritto privato sociale ha trovato un *humus* favorevole per svilupparsi: un diritto privato distante dai fiori di ghiaccio della pandettistica⁽⁴⁾ e disponibile ad inter-

(3) In epigrafe ad un recente articolo, l'autore esprime questo pensiero servendosi delle parole di Marco Aime: «Ma i luoghi non sono come sono, sono come tu li ricordi»: P. CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto. Perché la storia giuridica svizzera è così diversa?*, in *Estudios Luso-Hispanos de Historia del derecho/Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*, I, Laura Beck Varela, María Julia Solla Sastre (coordinadoras), Madrid, Editorial Dykinson, 2018, pp. 13-43. Sulla metafora del paese lontano e sul passato che «non esiste» v. ora con esemplare chiarezza P. CARONI, *Diritto privato ottocentesco*, in «Archivio Storico Ticinese», 166 (2019), pp. 149-165, p. 153.

venti compensativi, senza per questo tradire la sua ascendenza borghese.

Così, in apertura, il disegno è tracciato: come si è arrivati a concedere spazio anche alla *fraternité*, recuperandola alla *liberté* e all'*égalité*. Ora, per fare questo, è necessario, sul punto Caroni è netto, abbandonare la *Dogmengeschichte*, che gli appare una storia chiusa di concetti giuridici, che non lo alletta perché manca di qualsiasi riferimento alla società: blocca e nega il viaggio del diritto nel tempo⁽⁵⁾. Questa storia del diritto privato, di conseguenza, è diversa da tutte le altre: non è una storia dogmatica classica, e non vuole essere una storia giuridica avulsa dalla storia sociale, perché il diritto non si può separare dalla temporalità e dalla storicità, e quindi dai destini che incontra nella società. Questo sguardo 'altrove' è ribadito senza ripensamenti come la chiave di volta del metodo. Al punto che, non senza una punta d'ironia, l'autore si dichiara distante anni luce dalla famosa *boutade* di Theodor Mommsen che nel 1852 ai suoi studenti zurighesi professava la sua incrollabile fede nella continuità di un diritto patrimoniale senza tempo e senza spazio, immoto nei secoli⁽⁶⁾. Una posizione decisamente sconfessata e respinta da Caroni, che non si lascia sfuggire l'occasione per ribadire che solo una storia giuridica sociale è in grado di mostrare la rilevanza concreta della proprietà e del contratto in un sistema di mercato, malgrado l'omofonia dei termini. Continuamente ribadito in diversi passaggi della sua opera è il postulato ermeneutico secondo il quale i significati di un testo (anche quelli giuridici) non sono stabiliti dal mittente, ma dai suoi destinatari. L'ermeneutica moderna fa suo l'antico detto di Gregorio Magno, secondo cui «*scriptura crescit cum legente*» (p. 4 nt. 4). Da questa scoperta critica, a cui Caroni ha dedicato uno splendido saggio recente⁽⁷⁾, discende in maniera del tutto conseguente il rifiuto di una storia che si limiti a rintracciare le radici romane o germaniche di una regola introdotta nei codici, trascurando invece di appurarne la funzione assolta nel nuovo ordine sociale. Una presa di posizione rinnovata, dunque, non senza una punta polemica nei confronti di tendenze storiografiche tutt'altro che sopite, e che richiama lo storico al compito di non venir meno al suo compito di esploratore curioso senza paraocchi. Il

(4) Per usare l'azzeccata metafora di Robert Musil, opportunamente recuperata da Pio Caroni (*La solitudine dello storico del diritto*, cit., p. 47).

(5) Nettissima la preferenza per l'approccio «binario» alla storia del codice in P. CARONI, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, in «*Quaderni fiorentini*», 47 (2018), pp. 57-109, p. 106.

(6) T. MOMMSEN, *Die Bedeutung des römischen Rechts*, in ID., *Juristische Schriften*, III, Berlin, 1907, pp. 591-600, cit. a p. 10 nt. 29.

(7) CARONI, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, cit.

viaggio che Caroni promette di compiere non inizia, dunque, dai concetti, ma dallo sfondo: l'unificazione del diritto privato, la codificazione, il ruolo della scienza, il diritto privato nell'arcipelago del diritto.

2. *Dai codici cantonali al codice federale.*

La lotta per l'unificazione del diritto («Der Kampf um die Rechtseinheit»), oggetto del § 2, è un capitolo importante di quest'opera. *In limine*, ci accoglie un motivo tipicamente caroniano: frammentazione e unificazione sono fenomeni da comprendere e da contestualizzare all'interno delle società che li hanno espressi. Non sono soluzioni da accogliere o respingere in blocco, *a priori*, o peggio ancora da screditare o da esaltare. Vanno capiti, questi fenomeni, e non giudicati in modo manicheo. Il pluralismo giuridico si addice alla diversità di una società cetuale basata sul particolarismo, sull'economia naturale, su soggetti diseguali assorbiti dalle comunità di appartenenza. L'unificazione, invece, è un'esigenza che si proietta su ambienti e spazi economici borghesi. Il capitolo sintetizza con grande eleganza la questione. Individua nella Repubblica elvetica «storico interludio centralizzato», un primo passo verso un obiettivo ancora di lungo periodo. Approda poi al periodo delle unificazioni cantonali, durante la rigenerazione, e descrive in pagine efficaci il fermento di questo tempo di transizione, nel quale sono stati approntati non meno di venti codici civili diversi, ispirati a tre grandi modelli e che quindi è d'uso classificare in tre gruppi distinti. Ma naturalmente l'autore ammonisce il lettore a non omologare esperienze connotate da propri caratteri, specchio di società diverse, fidandosi di semplici assonanze verbali. Se tutti codificano all'ombra di un modello, ciascuno poi non lo accetta passivamente e lo sviluppa come la società richiede o pretende: non c'è da stupirsi, quindi, se un medesimo calco ha portato a esiti differenti nelle mani di diversi fruitori⁽⁸⁾.

L'affermazione, per chi conosce gli scritti di Pio Caroni, è un vero e proprio *leitmotiv* e s'intreccia al controverso argomento delle recezioni e dei trapianti, termini fuorvianti che occultano fenomeni più complessi. L'unificazione si fa attendere mezzo secolo: dal 1848 al 1898, dalla competenza cantonale a quella federale. È stato dunque un fenomeno non repentino, graduale, non lineare, un cammino tut-

(8) P. CARONI, *Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Atti del Convegno Internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni ed E. Dezza, Padova, Cedam, 2006, pp. 497-524.

t'altro che trionfale e facile, questo trasferimento di competenze a livello centrale. L'autore si domanda il perché e ne individua la ragione fondamentale nella pressione degli interessi economici propri di una società di mercato, per la quale una codificazione federale con una visione generale e compatta appariva desiderabile per propiziare nel modo più efficiente lo sfruttamento delle risorse e la libera circolazione delle persone e delle merci. Nel quadro di questa interpretazione, che non distoglie l'attenzione da altri fattori, ma che considera prevalente la spinta del mercato, l'autore si sofferma sugli eventi più significativi di un dibattito «epico»: tra questi sicuramente l'approvazione del diritto delle obbligazioni del 1881, seguita alla riforma costituzionale del 1874: un risultato parziale ma di grande successo, che ha aperto la strada alla codificazione dell'intero diritto civile in modo quasi irresistibile.

Accanto alla pressione economica, decisiva nel reclamare una soluzione uniforme dei problemi sorti dalla rivoluzione industriale, l'autore considera importante anche l'attività dei giuristi, che uscirono allo scoperto con la petizione al *Juristentag* del 1868 (successiva di qualche anno alla fondazione della Società svizzera dei giuristi), che si nutriva anche dei timori derivanti dai lavori preparatori del BGB. Meno decisiva, anche se non assente, viene invece considerata la motivazione nazionalistica, dal momento che lo Stato federale avrebbe potuto comunque reggersi di per sé anche con un diritto privato frammentato. Se la realizzazione dell'obiettivo, le cui motivazioni vengono con trasparenza indicate, erano queste, non bisogna credere che mancassero resistenze e opposizioni al progetto, che ne rallentarono l'attuazione. Se non riuscirono a comprometterla, ne orientarono comunque la procedura, come nel caso dell'opposizione democratica, che fece leva sulla perdita di autonomia a danno dei cantoni e fu risolta attraverso il referendum legislativo facoltativo introdotto nel 1874. Altre preoccupazioni si possono rintracciare nella «via di dolore» dei cantoni romandi, per i quali l'attaccamento ai principi dell'individualismo liberale rappresentati dal codice civile francese, malgrado le aperture manifestate dal giurista vaudese H. Carrard nel *Vortrag* del 1873, costituì una remora essenziale all'unificazione (p. 30). E infine l'autore non manca di ricordare come ad ammorbidire ulteriori attriti sarebbe risultata decisiva la strategia «della mano delicata» (pp. 31-32). Egli invita quindi a riflettere sulla complessità della vicenda dell'unificazione, respingendo ogni tentativo di minimizzare il graduale assestamento dell'articolato e frastagliato pluralismo svizzero intorno al nodo focale dell'unità giuridica.

Il traguardo di questo percorso tormentato è rappresentato dal conferimento della competenza esclusiva e generale alla Confederazione. La *Gesamtkodifikation* appare alla fine, dopo varie alternative considerate poco ottimali per il pieno sviluppo economico, quasi ine-

vitabile come il corso di un impetuoso torrente: « an Wildbäche erinnert, die Hindernisse mit sich fortreissend unaufhaltsam zu Tale stürzen » (p. 35).

3. *Codificare in una società repubblicana.*

La peculiarità della situazione svizzera continua a dominare nel § 3, «Das Bekenntnis zur Kodifikation», che affronta il tema dell'epifania della codificazione civile da varie angolature. Emerge ad esempio che in Svizzera il passaggio al codice, e quindi ad un sistema nuovo di fonti del diritto, è stato vissuto in maniera meno traumatica, più armonica e più silenziosa, per la mancanza di una tradizione scientifica simile a quella esistente e radicata in Germania e altrove, al punto che non si può parlare di un vero e proprio «*Systemwechsel*», ma di una svolta graduale, pragmatica e riformistica più che teorica (p. 38), che ha mirato ad inserire istituti della tradizione nel nuovo contesto, come dimostra la splendida digressione sull'art. 4 ZGB⁽⁹⁾, nella quale Caroni dimostra magistralmente che sarebbe un errore interpretare il potere del giudice di decidere secondo il diritto e l'equità, conferito da questo articolo, come l'espressione di una crociata anti-positivistica e anti-legalistica. Ne aveva già parlato in altri suoi notevoli interventi sull'art. 1 ZGB⁽¹⁰⁾: le prospettive di Huber e di Gény erano arrivate allo stesso crocevia, ma da strade diverse e distinte. Il legislatore svizzero aveva già trovato nella prassi un giudice munito di prerogative più ampie del corrispondente francese. L'autore lo ribadisce ora in questa sede, nella quale respinge anche l'idea che i larghi poteri conferiti all'attività giudiziaria possano però considerarsi anacronisticamente come un tentativo di far rivivere il vecchio giudizio *ex bono et aequo* («nach Minne und Recht») della tradizione. Respinta la tesi che vuole intendere l'art. 4 «als autoritäre Erledigung eines Gelehrtenstreites» (p. 47), emerge piuttosto il fatto che esso sia da vedersi come «Ausfluss einer sozialbewussten bürgerlichen Haltung, der die Indifferenz liberaler Kreise gegenüber den Auswüchsen der sozialen Frage ebenso ungelegen kam» (p. 42), argomentato con un richiamo all'esistente e a ciò che era già praticato.

Nel prosieguo della trattazione, Caroni esamina quelli che, a suo avviso, sono i sei obiettivi fondamentali che il codice civile ha consentito di raggiungere in Svizzera: unificazione sociale, statualizzazione

⁽⁹⁾ «Richterliches Ermessen als Beispiel», pp. 39-42.

⁽¹⁰⁾ P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in «Quaderni fiorentini», 40 (2011), pp. 265-302, pp. 283-293, 301-302. V. ora ID., *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 33-34, lett. b.

del diritto, rinnovamento sostanziale, soggettivazione dell'ordinamento attraverso la generalizzazione della capacità giuridica, passaggio ad un sistema più razionale di amministrazione della giustizia scientificamente fondato e apertura ad aspirazioni democratiche e sociali (p. 43).

Il passaggio più argomentato e denso è dedicato al problema della novità sostanziale e formale dei codici. Da tempo Pio Caroni si oppone all'idea che, dopo il codice, si debba parcellizzare il passato studiando separatamente le sue presunte radici da parte della scienza giuridica. Egli dichiara il suo forte disagio rispetto a questa tesi. Gli sembra che non renda giustizia alla novità del codice e che, soprattutto, non dia ragione delle reali motivazioni per le quali la tradizione è confluita nel suo testo. L'autore ha dedicato un intero libro, notissimo⁽¹¹⁾, a confutare sia sul piano ideologico sia su quello teorico queste spinte continuiste. Chi si accontenta dell'omofonia e gioisce nel paragonare il diritto romano alla goethiana anatra sommersa, che spunta sempre fuori dall'acqua dei rivoli del codice più vitale che mai (p. 55 nt. 116), arriverà fino a sostenere il primato del diritto romano, con varie conseguenze (iperboliche) che l'autore non nasconde. Chi invece ritiene che le parole siano solo involucri e quanto si conserva della tradizione riceva savignyanamente una nuova «forma di autorità» sarà propenso a tutt'altro ragionamento e vedrà nel codice più che la prosecuzione del passato, una cesura: sarà più incline a privilegiare la storia orizzontale sincronica rispetto a quella verticale e diacronica. L'analisi dell'autore è convincente: essa permette di recuperare all'orizzonte del giurista la temporalità e la storicità del diritto che le opposte prospettive semplificano drasticamente. È necessario uscire all'esterno e interrogare la società per capire l'essenza del diritto. All'opposto modello di una storia strumentale, che respinge e addomestica il passato, Caroni non ha mai guardato con simpatia.

Nella Confederazione fu diverso anche il rapporto tra codificazione e scienza: ma di questo l'autore discorrerà più ampiamente nel successivo § 4. Ciò che ora gli preme approfondire è se si possa parlare di democratizzazione attraverso la codificazione, specialmente nell'esperienza elvetica. «Demokratisierung durch Kodifikation?» La domanda è posta direttamente in uno dei capitoli più belli del libro⁽¹²⁾. L'autore la esamina da diverse prospettive.

Innanzitutto il fatto che la codificazione si attui in un contesto democratico può avere un impatto sulla procedura codificatoria, che è aperta alla partecipazione popolare in varie forme e che implica so-

⁽¹¹⁾ CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, cit. Ulteriori riflessioni critiche ora in ID., *E se anche il codice fosse un messaggio?*, cit.

⁽¹²⁾ Pp. 61-65; CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 27-29.

litamente tempi meno rapidi delle codificazioni nate in contesti monarchici⁽¹³⁾. Ciò non toglie, tuttavia, che dal punto di vista dell'elaborazione del testo, anche nei sistemi democratici come quelli cantonali o federali, la stesura possa essere opera di esperti, in maniera anche accentuata⁽¹⁴⁾. Più stretto è il legame che è possibile instaurare tra democrazia e forma della codificazione, e questo si può cogliere sui due piani dell'accessibilità generale indotta dalla generalizzazione della capacità giuridica e dell'accessibilità generale propiziata dalla semplicità e dalla chiarezza degli articoli. Due obiettivi realizzabili e realizzati (il primo, tuttavia, inizialmente solo in modo formale). Quanto al contenuto dei codici, il discorso si fa più complesso. Si può parlare di democrazia, in modo non puramente formale, solo quando il legislatore attui una compensazione effettiva degli scompensi dovuti all'adozione della regola dell'uguaglianza formale.

La situazione di partenza ci mostra un quadro del tutto diverso: la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato è intesa come una rigida separazione tra Stato e società che lascia gli operatori dello spazio economico liberi di agire indisturbati alla ricerca del profitto. La socializzazione del diritto privato muove i suoi passi nella seconda metà dell'Ottocento e non senza difficoltà, come è dimostrato dagli esempi fatti dall'autore, che ricorda il caso zurighese di Bluntschli che, come viene sottolineato, si era adoperato in questa direzione già prima di Gierke e del suo famoso *Vortrag* viennese, con la legge sul lavoro negli stabilimenti industriali e con il PGB (pp. 63-65). Una posizione inizialmente solitaria e contrastata, ma poi divenuta paradigmatica, di un diritto privato che, attraverso norme di diritto diseguale, riuscì ad attuare interventi compensativi e a correggere alcune delle conseguenze perverse del gioco sfrenato della concorrenza. Lo ZGB svizzero si inserisce in questa temperie e in questa linea, grazie anche alla tenace determinazione, alla sagacia politica e alla moderazione di Eugen Huber.

A questo punto, l'autore si interroga sulle ragioni in base alle quali questa socializzazione del diritto privato ha trovato un terreno così fertile proprio nella Confederazione svizzera e la risposta è trovata nell'ideale democratico, nell'armonizzazione dei nuovi obiettivi sociali con il contesto repubblicano, che offriva la «piattaforma ideale» per far emergere i valori democratici. Perché in un contesto del genere il rapporto tra Stato e società è diverso, cioè più *collaborativo*⁽¹⁵⁾. Ha in

(13) «La repubblica viaggia a piccole velocità» e «cuoce sempre a fuoco lento»: *ivi*, p. 29.

(14) Sul contributo di Huber, che ha dato una fisionomia personale allo ZGB v. da ultimo, *ivi*, pp. 31-37.

(15) Per una limpida sintesi di questo concetto della compattezza tra diritto e

altri termini consentito di tutelare le minoranze e avvicinare mondi prima distanti. Non è stato però un ritorno all'antica società degli *status*: di ciò Huber si era dimostrato più che consapevole. Si è trattato piuttosto del riorientamento di un diritto privato scervo da complicazioni teoretiche e quindi reso più disponibile ad alleviare isolate «Not-situationen».

4. *Quale scienza per il codice?*

Il § 4, «Kodifikation und Rechtswissenschaft», per la complessità dei problemi trattati, è tra i più meditati del libro. L'autore vi riversa i risultati di numerose ricerche puntuali e rigorose, che hanno lasciato il segno nella storiografia e che rimandano ad un comune denominatore, che è quello della singolarità e specificità dell'esperienza elvetica.

Il § prende avvio da un interrogativo: come è possibile che proprio in Svizzera, che nell'Ottocento accoglie alcuni celebri rappresentanti della scuola storica, abbia avuto luogo la straordinaria fioritura di codici che conosciamo, dapprima cantonali e poi federali? Forse che i codici cantonali fossero meno pericolosi dei codici giusnaturalisti, oggetto degli strali di Savigny? L'autore pone una domanda difficile, che sfida il lettore, e alla quale la risposta non può che venire dal contesto sociale. Solo che la materia di cui si compone questo paragrafo, occorre ammetterlo, è veramente incandescente. Che tipo di scienza giuridica ha conosciuto la Confederazione prima dell'Ottocento e come si deve intendere la svolta avvenuta, che poi ha condotto ai codici? Questioni ardue, che non si possono ripercorrere se non per sommi capi, seguendo il filo dei ragionamenti, come al solito documentati e precisi, di Caroni.

Che incomincia con l'occuparsi della dibattuta questione della 'recezione' del diritto comune nel territorio elvetico. Qualche anno fa, egli aveva dedicato al tema un articolo molto critico⁽¹⁶⁾, nel quale non aveva nascosto tutto il suo scetticismo di fronte alle tesi continuiste e negazioniste, che avevano cercato di correggere il tiro, contestando l'autorevole e tradizionale tesi dell'appuntamento mancato con la scienza del diritto comune, rinvenendo tracce consistenti di scientificizzazione nel medioevo e, contro la comune opinione, anche nel-

società v. anche ivi, pp. 21-25. Nell'isola repubblicana elvetica vi è sempre stata porosità tra diritto e società, strade di comunicazione tra pubblico e privato.

⁽¹⁶⁾ P. CARONI, *Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?*, in *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini/Europe and Italy. Studies in honour of Giorgio Chittolini*, Firenze, Firenze University Press, 2011, pp. 55-79.

l'età moderna: una fase che si era soliti descrivere, con termini che Caroni (giustamente) non ama e respinge, di decadenza. Il punto è che non è sufficiente — questa in modo sommario la tesi in realtà alquanto più argomentata dell'autore — reperire tracce omofoniche di termini giuridici, se non si può dimostrare una presenza incisiva e determinante del giurista professionale e sapiente, formato sulla conoscenza di quel libro dei sette sigilli che è il *corpus iuris civilis*, nell'amministrazione della giustizia. Quest'assenza, malgrado la *renaissance* di studi sul *ius romanum in Helvetia* propiziata da Genzmer, la frenesia di formule romane e gli scavi meritoriamente portati avanti con acribia da Ferdinand Elsener, non permette di affermare che il giurista scientificamente esperto delle *subtilitates iuris* sia diventato il protagonista del diritto nella Confederazione (pp. 72-77).

Caroni respinge anche i tentativi recenti di intravedere un *revirement* nell'età moderna⁽¹⁷⁾. Che ciò si possa qualificare come una regressione, un declino, un ristagno della prassi è del pari un dato che l'autore non ammette: la diversità svizzera, e forse la sua ricchezza, è in ogni caso un fenomeno che non si deve occultare e immiserire in un complesso di inferiorità (come se il pratico esperto di consuetudini sia da considerare figura meno degna dell'abile interprete di testi antichi), quanto piuttosto comprendere e valorizzare, e consiste in una concezione laica e popolare della giustizia, del diritto e della relativa cultura giuridica. Semplicemente, una storia, ancora una volta, diversa. Un rifiuto che va compreso, si diceva, e le cui ragioni non possono essere semplicisticamente rinvenute nel disprezzo per le soluzioni materiali del diritto comune, ma che, con maggiore realismo, si devono individuare nell'autonomia di una cultura di diritto consuetudinario e di una giustizia di matrice popolare, che vuole fare a meno dei giuristi *longa manus* del potere e respinge la loro mediazione, al punto da temerli e da diffondere l'idea di una « ungeliebte, wenn nicht gar gefürchtete Geheimwissenschaft » (p. 77).

Le cose cambiano nell'Ottocento, ma anche in questo caso senza doppiare o imitare l'esperienza dei Paesi limitrofi. Di questo snodo Caroni illumina l'ascesa, al solito evitando toni trionfali, ma chinandosi umilmente a comprendere come il 'messaggio' della prestigiosa scuola storica possa essere stato interpretato nella sua terra, ed è ai « giovani giuristi » di Zurigo che va immediatamente la memoria⁽¹⁸⁾. Figure note e leggendarie della civilistica elvetica, come Johan Caspar Bluntschli e Friedrich Ludwig Keller, il successore di Savigny sulla cattedra berlinese, vengono ora rievocate come esponenti di una

⁽¹⁷⁾ La tesi è riaffermata in CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 15-20, 38.

⁽¹⁸⁾ Pp. 77-79; ivi, pp. 20-21.

svolta nel modo di gestire e amministrare la giustizia civile, che di fatto propizierà la grande avventura del PGB a metà secolo. Si parte, dunque, dalla riforma del processo e conseguentemente dei suoi protagonisti, i giudici e gli avvocati; si introduce lo studio del diritto romano ma, ed è questo il punto, senza omologarsi alle esperienze coeve⁽¹⁹⁾, in mezzo a notevoli resistenze e opposizioni di una società che non voleva per varie ragioni staccarsi dalla tradizione. Malgrado gli interessi configgenti, il movimento ha successo e segna «eine Wende, die nicht mehr rückgängig zu machen war» (p. 82). Caroni, tuttavia, invita a non considerare questo esito una 'recezione' in ritardo del diritto romano: troppo diversi i presupposti, troppo diversi gli scopi, a cominciare dalla cura che i giovani giuristi dimostrarono nei confronti del diritto locale.

A questo punto appare il codice zurighese, come coronamento di una riforma che ha preso i suoi tempi, ha lasciato sedimentare le attese ed alla fine ha corrisposto con un prodotto legislativo considerato all'altezza delle aspettative e benedetto perfino dal padre della scuola storica (a dimostrazione della duttilità e pluralità di anime che componevano il movimento⁽²⁰⁾). Un codice che per vari aspetti ha costituito un archetipo del futuro ZGB, nella sua disponibilità ad accogliere fonti giuridiche sussidiarie, ad esempio, o istituti radicati nel diritto popolare. L'entrata in vigore del codice, naturalmente, ha costretto la scienza a prendere posizione. Non si possono, anche in questo caso, fare facili schematismi, poiché la reazione non è stata uniforme e si è concretizzata in varie strategie, puntualmente descritte nel capitolo V (pp. 85-88). La resistenza al codice, messa in atto da Savigny e da moltissimi seguaci, è tra le più note ed esplorate: Caroni ha scritto pagine memorabili, anche in altri saggi, su questa tendenza, che ha tentato di rimettere al centro della scena il primato della scienza. Non è su di essa che occorre insistere ora, ma sulle peculiarità di una civilistica che, in Svizzera, ha avuto per oggetto un codice che non si è contrapposto al sistema del diritto comune, ma ha conservato le caratteristiche della tradizione repubblicana e popolare⁽²¹⁾. Ne deriva, nella valutazione complessiva avanzata, una «Privatrechtskultur, der die Selbständigkeit des Richters und das Ansehen einer ihn unterstützenden Wissenschaft förderungswürdig»⁽²²⁾, una scienza molto orientata alla pratica e che si è anche espressa con un linguag-

⁽¹⁹⁾ P. CARONI, *La romanistica svizzera ottocentesca fra «irregolarità» e conferme*, in «Index», 23 (1995), pp. 82-95.

⁽²⁰⁾ CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 25-26.

⁽²¹⁾ Ivi, pp. 20-21, 29-37.

⁽²²⁾ P. 92, a coronamento di un paragrafo molto istruttivo («Auch eine 'einfache' Rechtswissenschaft?»).

gio familiare e alla portata di ogni cittadino. Tra i primi esempi di una letteratura giuridica 'altra', in quanto di elevato livello, ma disposta alla divulgazione popolare, Caroni ricorda i commentari (osservazioni) di Bluntschli e Planta al PGB, i *Motivi del progetto di codice di commercio* di Munzinger⁽²³⁾ e le leggendarie *Osservazioni* di Huber⁽²⁴⁾. L'*habitat* in cui questa nuova scienza stava piantando radici spiega il rapporto più controverso che essa assunse nei confronti dei postulati e delle astratte e alambiccate geometrie pandettistiche, che hanno attecchito fino ad un certo punto in terra elvetica; e ancora una volta l'hanno resa diversa e originale, nell'approccio alla discrezionalità giudiziale, rispetto alle correnti del giusliberismo (pp. 95-98).

5. 'Pubblicizzazione' del diritto privato, 'commercializzazione' del diritto civile: due strategie?

A questo stadio del viaggio nel diritto privato ottocentesco svizzero, continuando a rispettare l'armonica architettura di un libro in cui nulla è lasciato al caso, è il momento di affrontare il discorso che l'autore tratta nel § 5, consacrato al diritto privato nell'arcipelago del diritto («Privatrecht im Rechtsarchipel») (25). Ai rapporti, cioè, che il diritto privato intrattiene con il diritto pubblico, da una parte, e con il diritto commerciale dall'altro.

Due dicotomie, l'una più grande e antica, un tempo forte e compatta, l'altra più recente e all'apparenza più dimessa. Perché, come spiega con la consueta chiarezza l'autore, la prima suggerisce una contrapposizione netta tra due mondi destinati a viaggiare su due binari diversi e paralleli; l'altra invece distingue due sfere connesse del giuri-

(23) J.C. BLUNTSCHLI, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. Bluntschli, Redaktor des Gesetzes, 4 Bände, Zürich, 1854-1847; P.C. v. PLANTA, *Bündnerisches Civil Estudios Luso-Hispanos de Historia del derecho gesetzbuch*. Mit Erläuterungen des Gesetzesredaktors Dr. P.C. v. Planta, Chur, 1863; W. MUNZINGER, *Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts*, im Auftrage des Tit. Schweiz. Justiz- und Polizeidepartements verfasst von dem Redaktor des Entwurfes Dr. W.M., Bern, 1865.

(24) E. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements* (1902), Bern, 1914².

(25) Segnalo che i §§ II. 1-4 del § 5 sono stati tradotti (e il § II. 4 anche rielaborato) dall'autore nel saggio *Il codice unico della Repubblica*, in 'Non più satellite'. *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, Edizioni ETS, 2019, pp. 333-357. Rivelatore, nello stesso volume, è il saggio *Quale continuità nella storia del diritto commerciale?*, pp. 27-42, versione italiana del magnifico articolo *Quelle continuité dans l'histoire du droit commercial?*, in *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1997, pp. 3-13.

dico, perché il diritto commerciale è un diritto settoriale, un *Sonderrecht*, che tuttavia nel tempo confluisce nel diritto civile generale. Secondo la memorabile e intramontabile metafora di Levin Goldschmidt, il diritto commerciale alimenta con l'acqua che si scioglie dalle cime dei suoi ghiacciai il bacino del diritto civile, che sta a valle. Se la relazione si presenta in questi termini, il dilemma che l'autore si propone di risolvere nelle pagine di questo paragrafo riguarda i motivi di una codificazione distinta del diritto commerciale. Perché il diritto commerciale nell'era borghese viene codificato separatamente, a dispetto del proclamato principio di eguaglianza formale che dovrebbe attrarre nella sua orbita anche i commercianti? Le ragioni di questa separatezza e dell'autonomia del diritto commerciale, che potrebbero essere considerate quasi l'effetto di una « magia », non si trovano nei cieli della teoria, ma solo nei retroterra sociali dei codici: e il plurale indica che le ragioni possono essere diverse nei vari contesti e non ce ne dovremo sorprendere. Il *code de commerce* del 1807, ad esempio, ha separato i due mondi per difendersi dai commercianti, togliendo o derogando poco o nulla al diritto civile, che è rimasto il diritto generale o comune. Il codice di commercio italiano del 1882, viceversa, si è presentato ben diversamente come un temibile concorrente del codice civile ed è stato quindi il punto d'arrivo di un'operazione diversa, che ha portato con la duplicazione dei codici ad una maggiore erosione del campo del diritto civile generale. Sono interpretazioni che non si possono che condividere: corrispondono alla situazione sociale sottesa alle due operazioni codificatorie.

Se così induce a pensare la prospettiva di Caroni, la Svizzera del XIX secolo appare allora come un laboratorio originale, poiché fu essa che sperimentò per la prima volta, con il codice civile di Zurigo del 1853-1855, la soluzione del codice unico al quale altri Stati non arrivarono mai o arrivarono per altre vie. Resta da comprendere la logica sottesa all'unificazione, che ha solo reso invisibile, ma non ha negato l'origine commerciale delle regole. La scelta del *code unique* fu confermata nel 1881 e nel 1911 e, come osserva acutamente Caroni, rappresenta effettivamente un *unicum* nella storia della codificazione: per una volta la Svizzera faceva da modello alle altre nazioni. Viene ora da chiedersi, e l'autore non si sottrae alla domanda, se l'unificazione così realizzata corrispondesse anche alla tradizione repubblicana e democratica del Paese.

Di questa « opzione democratica », tuttavia, si possono dare due interpretazioni. Una prima dichiara che la commercializzazione del diritto civile fu l'esito di un processo scontato, quasi predestinato, che avrebbe condotto in maniera graduale ad una società di soli commercianti. Una seconda, all'opposto, meno trionfale della precedente, ritiene che le differenze sociali ed economiche non erano destinate ad essere rimosse e che avrebbero connotato ancora il mercato. Questa

interpretazione, preferita dall'autore, non nasconde le disuguaglianze materiali e dà una diversa e meno scontata spiegazione di quanto accaduto con l'unificazione del diritto privato. Essa si rivela come un'audace operazione di *restyling* e ridefinizione del diritto privato, che viene ad includere i privilegi dei commercianti, nascondendoli abilmente tra le pieghe delle sue disposizioni: qui il diritto speciale non è «spavaldamente esibito», ma c'è ugualmente, «furbescamente mimetizzato» (ma, come si sa, il lupo perde il pelo ma non il vizio⁽²⁶⁾).

Per chi accetta questa spiegazione, la c.d. opzione democratica è solo un pretesto, strumentale ad un'operazione che in effetti non mirava a sovvertire il mercato, ma ad assecondarne le aspirazioni⁽²⁷⁾. Altrove la strategia dell'unificazione, o anche della separazione dei codici, ha obbedito invece a logiche diverse. Per chi crede alla valenza sociale dei codici e delle regole, dunque, il *rebus* si scioglie guardando attentamente alle attese della società che codifica. A questa lettura, già anticipata dall'autore in altri scritti, è bene aggiungerne un'altra complementare, che non separa diritto civile e diritto commerciale, ma li accomuna quali diritti entrambi parziali e diseguali, anche se in modo diverso. Figli entrambi della società di mercato, il diritto commerciale dichiara apertamente la sua specialità, mentre il diritto civile la nasconde sotto il manto della generalizzazione della capacità giuridica e dell'uguaglianza formale: operazioni strategiche intorno alle quali l'autore invita ripetutamente a riflettere nelle pagine del suo splendido lavoro.

Si può leggere alla luce di queste considerazioni anche la distinzione tra la sfera pubblica e quella privata, cioè la grande dicotomia per eccellenza, i cui confini sono stati mobili ed elastici nel tempo, ed in terra elvetica più porosi che altrove, come una prospettiva di storia sociale rende particolarmente evidente (pp. 99-110). L'autore è scettico sul fatto che anche questa distinzione si possa configurare nei secoli con una sua valenza assoluta e astratta da un contesto sociale. Vi sono secoli, anzi, che appaiono marcati da un'assenza. Essa termina con l'assolutismo moderno, che assegna il primato al diritto pubblico e così facendo consente alla politica un ampio margine di intervento nel settore economico, dirigendo, controllando, ma anche all'occa-

(26) CARONI, *Il codice unico della Repubblica*, cit., § 5, pp. 352-353. Per l'uso della metafora del lupo ad altri riguardi v. ID., *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 263-307, pp. 275-276.

(27) V. anche CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 35-37, lett. d.

sione promuovendo⁽²⁸⁾. La dicotomia assume invece un nuovo significato con le rivoluzioni borghesi, in cui la costituzione e il diritto pubblico si configurano come due facce della stessa medaglia, parti di un unico progetto o di un'unica strategia (egualitaria), come Caroni aveva già scritto nel suo memorabile *Rektoratsrede*⁽²⁹⁾. Nel libro si ritrova il medesimo concetto: il diritto privato autonomo ha bisogno del diritto pubblico in funzione *complementare*; ha bisogno cioè che lo Stato si ritiri di fronte alla società e lasci spazio allo sviluppo autonomo della libera iniziativa⁽³⁰⁾. La costituzione e il diritto pubblico divengono perciò accessori al diritto privato (borghese). Da una parte il *citoyen* con determinati diritti politici, e dall'altra il *bourgeois* libero e uguale grazie alla generalizzazione della capacità giuridica. Connessione, dunque, tra libertà politica e autonomia privata, ma anche primato dell'economia sulla politica e quindi del codice sulla costituzione: « der Demokratie im politischen, der Autokratie im wirtschaftlichen Bereich » (p. 106). Il che non esclude, come l'autore aveva sottilmente fatto notare già nel menzionato articolo, che un diritto privato liberale possa svilupparsi anche in assenza di una costituzione democratica, mentre non è vero l'inverso, che una costituzione feudale possa convivere con un codice borghese⁽³¹⁾.

Se quindi i codici civili borghesi separano diritto pubblico e privato, come uno sguardo all'entroterra sociale rivela, un ulteriore passaggio si è verificato negli ultimi decenni dell'Ottocento. Già sappiamo, poiché l'autore lo ha già affermato anche in altre pagine, che la generalizzazione della capacità giuridica, collegata all'abolizione degli oneri fondiari, alla de-feudalizzazione, alla garanzia della proprietà privata, alla libertà contrattuale, ha avuto una valenza democratica: tanto vicine, la democrazia e l'economia di mercato, da essere interpretate come una coppia di gemelli. L'autore non nasconde il suo scetticismo sull'operazione, che definisce « die geschickte Verallgemeinerung eines an sich bloss sektoriellen Programmes »⁽³²⁾. Le idee democratiche, dunque, in un primo momento sono servite allo scopo di « die Sektorialität eines bereits autonom ausgebildeten Privatrechts hinter generalisierenden Formeln und Metaphern unsichtbar zu machen ».

(28) P. 102. V. anche P. CARONI, *Quizás un epílogo*, in ID., *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012.

(29) P. CARONI, *Costituzione liberale e Codice civile nel XIX secolo*, in « Repertorio di giurisprudenza patria », 122 (1989), pp. 61-82.

(30) Significativo il passo di Benjamin Constant, cit. a p. 103 nt. 20.

(31) CARONI, *Costituzione liberale e Codice civile nel XIX secolo*, cit., pp. 72-77.

(32) P. 109. Come i seguenti, sono tutti passi tratti dalla stessa pagina, cioè dalla (formidabile) chiusa del § 4, « Anziehungskraft der Demokratie? ».

A fine secolo, di fronte alle degenerazioni e agli scompensi creati dalla libertà contrattuale, si richiamarono in causa le regole democratiche e insieme lo Stato. Il diritto pubblico ritornò sulla scena, anzi, come scrive l'autore, «eilte zu Hilfe» e fornì gli strumenti democratici per ridisegnare le regole liberali⁽³³⁾. L'opzione democratica è servita, in questo caso, a moderare gli scompensi del mercato: una strategia morbida che tuttavia «keineswegs die breiten Furchen einbrennet, die die materielle Ungleichheit im gesellschaftlichen Acker pflugartig gezogen hatte». Tornando al punto di partenza, ci si chiede: come si spiega l'inerzia del *citoyen* di fronte al *bourgeois*? Caroni si dà questa risposta: il primo è vissuto all'ombra dell'egoismo del secondo, in un contesto generale in cui «nicht der Mensch als citoyen, sondern der Mensch als bourgeois für den eigentlichen und wahren Menschen genommen wird»⁽³⁴⁾.

6. *L'irresistibile attrazione del mercato.*

Dal resoconto che ho cercato di fare, riassumendo alcune delle idee principali esposte in un libro di serrata argomentazione, il lettore avrà avvertito come Caroni approdi al diritto privato dei contratti e della proprietà solo dopo aver definito e descritto un contesto sociale: non isola dei frammenti e delle regole, ma le immerge nel tessuto dinamico della società codificante. E allora, se il viaggio compiuto fino a questo momento, e che queste note vogliono rievocare, è stato efficace, la seconda parte del libro acquista un suo più compiuto spessore. Il § 6 è incentrato sulla generalizzazione della capacità giuridica, la «punta dell'iceberg» della strategia di unificazione attuata dalle prime codificazioni civili ottocentesche. A ragione, e da molto tempo, Pio Caroni attira l'attenzione su questa regola basilare («kurz und bündig: Rechtsfähig ist jedermann», p. 120), che considera decisiva per comprendere la novità dei codici civili borghesi. Essa ha come (nuovo) referente spaziale il mercato e come ulteriore conseguenza il riconoscimento della libertà contrattuale. La regola è suadente, nella sua luminosa semplicità linguistica⁽³⁵⁾. Per poterne decifrare il reale messaggio occorre però guardare alla società alla quale era diretta, che si era accomiatata (o stava per farlo, gradualmente e nei tempi necessari) dal mondo feudale con le sue caratteristiche (il policentri-

⁽³³⁾ Osmosi agevolata dalla compattezza di una società repubblicana: insistono su questa correlazione pp. 105 lett. b, 106; CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 21-25, p. 37 lett. e.

⁽³⁴⁾ P. 110 (che è poi una citazione di Marx).

⁽³⁵⁾ Al punto da apparire quasi «diafana» e «incolore»: CARONI, *Diritto privato ottocentesco*, cit., p. 159.

smo; l'economia naturale; il comunitarismo) per entrare nella rampante società borghese, fondata sulla neutralizzazione dei ceti, necessaria premessa all'uguaglianza formale di tutti i cittadini.

Seguendo una traiettoria che ha attraversato modi e tempi diversi, la regola troneggia nell'art. 8 *Code civil*, nel § 16 ABGB, nell'art. 11 ZGB (e ancor prima nella maggior parte dei codici cantonali). Sembra trasmettere un messaggio di progresso e di conquista, promette molto e pertanto ispira fiducia e perfino entusiasmo. L'azzeramento dei vincoli della società feudale suona come una liberazione dei soggetti, ora rappresentati come individui astratti e impersonali, un'anonima umanità proveniente direttamente dallo stato di natura, separata dai gruppi e dalle collettività che un tempo li ingabbiavano, anche se avevano offerto loro all'occorrenza anche protezione, come sottolinea Caroni: questo mondo non corrisponde più alla nuova società, dinamica ma anche spietata, nata sulle sue ceneri. Gli ingegni più acuti lo avvertirono immediatamente. Pellegrino Rossi segnalò la svolta con parole inequivocabili: «L'égalité civile, l'égalité devant la loi, ce principe fondamental [...] a fermé chez nous l'histoire du droit public ancien, et l'on peut dire qu'elle a ouvert celle du droit nouveau»⁽³⁶⁾. Balzac colse il tracollo delle comunità di fronte al nuovo individualismo: «L'association, une des plus grandes forces sociales et qui a fait l'Europe du Moyen Age, repose sur des sentiments qui, depuis 1792, n'existent plus en France, où l'Individu a triomphé de l'Etat»⁽³⁷⁾. Solo una storia dell'impatto sociale di questa regola può consentirne un bilancio.

Il bilancio viene tracciato dall'autore nel § 7 (*Markt, Gleichheit, Privatautonomie*), dedicato alla triade mercato, uguaglianza, autonomia privata. Che si apre con una metafora suggestiva: l'attribuzione generalizzata della capacità giuridica viene paragonata a un biglietto distribuito gratuitamente a tutti gli abitanti di un villaggio o di una città, allo scopo di farli accedere liberamente al mercato, «der Ort, an dem die allgemeine Rechtsfähigkeit *in actu* zu erleben, an dem namentlich zu beobachten war» (p. 130). Il mercato moderno, che ora non vive più ai margini della società, ma la connota, è un fenomeno nuovo: le sue regole del gioco sono la vera costituzione non scritta di questa società, «avancierten zum ungeschriebenen Grundgesetz der Gesamtgesellschaft» (p. 131).

Caroni ci guida alla scoperta di queste regole. Tutte le cose, mobili e immobili, suolo, lavoro, fattori della produzione diventano

⁽³⁶⁾ P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, I. 2, Paris, 1877, p. 247, cit. a p. 121.

⁽³⁷⁾ H. DE BALZAC, *L'Envers de l'histoire contemporaine. Deuxième partie. L'Initié* (1848), Ed. folio classique, Paris, 1970, p. 19, cit. a p. 127.

merce, e quindi valori, da mettere a disposizione del numero maggiore di persone e di cui si può liberamente disporre: sono in funzione della loro circolazione e non più del semplice uso (anche se il più possibile ottimale) di lungo periodo. L'anima della vita commerciale consiste nel principio della libera concorrenza, che si afferma gradualmente fino ad essere consacrato nella costituzione federale del 1874. Già quest'immagine potente, questa presenza incombente nel libro, il *Markt*, dice molto della prospettiva storica del suo autore. Lungi dall'essersi disinteressato di economia, il legislatore onnivoro e monopolizzante degli inizi dell'Ottocento ha in realtà avuto gli occhi ben fissi sullo spazio in cui gli intraprendenti soggetti liberi e uguali avrebbero affrontato la competizione. Un legislatore non indifferente, che non ignora e non sottovaluta, ma si dà un programma.

I soggetti del mercato, tuttavia, cioè coloro ai quali viene spedito il biglietto, sono costretti di fatto a giocare la partita della concorrenza («*Spielzwang*»): a partecipare non da semplici spettatori, ma da giocatori, anche se a forze impari. Il mercato si afferma come uno spazio totalizzante in due sensi: attrae le persone e si espande sempre più in senso territoriale, tende a travalicare i confini, a divenire «ubiquitario»⁽³⁸⁾.

Gli abitanti di questo spazio, tuttavia, solo formalmente possono dirsi uguali, mentre nella realtà rimangono ancora diversi. La regola dell'uguaglianza formale non elimina le diseguaglianze materiali. Vista in quest'ottica, essa non può certo più essere considerata innocua, né disinteressata. I codici civili si sono limitati a trasferirle all'esterno, queste diseguaglianze, rendendole invisibili. Un'operazione non casuale e nemmeno indolore, ma pianificata, deliberata, frutto di una precisa strategia politica. E forse il segno più evidente del cambio di rotta rispetto al passato. Nell'antico mondo feudale il diritto (ad esempio l'ALR prussiano del 1794) fotografava le numerose diseguaglianze materiali, non le respingeva, le disciplinava, dando vita a regolamentazioni settoriali. Il nuovo mondo borghese non lo fa più: «*es spiegelte sie unverstellt wider, gestaltete sich gar danach*» (p. 137). Non a caso per catturare la realtà occorre una radiografia (altra brillante metafora caroniana), perché i codici, da questo punto di vista, sono opachi: «*Bürgerliche Gesetzbücher nahmen sich der doch unübersehbaren Welt der Ungleichheit kaum an, blendeten sie vielmehr wortlos aus*» (p. 136). Come se fossero un'illusione o un gioco di prestigio, che nel linguaggio giuridico ha anche un nome: astrazione.

Quali possono essere state le ragioni di questa operazione? La risposta del nostro autore è sincera e diretta, persino brutale per chi si accontenta del fruscio delle parole e della forza dei dogmi: non si

(38) CARONI, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, cit., pp. 93-95.

può parlare di sviste, di imbarazzo o di indifferenza da parte del legislatore, ma al contrario del desiderio di mostrare pieno rispetto per l'autonomia del mercato e delle sue regole interne. Il diritto civile ottocentesco, in altri termini, ha coscientemente permesso l'efficiente sfruttamento di tutte le energie umane, contrassegnate da disparità di potere, ed è stato disegnato come un diritto egualitario, allo scopo di consentire lo sfruttamento delle diseguaglianze materiali secondo il mercato. La diseguaglianza che permea la prassi contrattuale è stata quindi predeterminata e verosimilmente anche voluta. L'uguaglianza formale si è posta in relazione *funzionale* con la diseguaglianza materiale ovvero si è messa al suo servizio: sono come due facce della stessa medaglia, come afferma un incisivo passo di Puchta, che Caroni ama citare: «Durch das Recht soll dem Princip der Gleichheit das Ungleiche unterworfen werden, ohne es aufzuheben [...]. Recht ist die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit»⁽³⁹⁾.

Al termine di queste considerazioni, possiamo ancora dire che lo Stato borghese sia stato davvero solo uno spettatore passivo o annoiato rispetto a quanto accadeva nel mercato? In altri termini, che si sia verificata una resa dello stato nei riguardi della società operante nel mercato? O non si deve piuttosto ritenere che lo stato sia intervenuto a correggere, a orientare, a dirigere i comportamenti degli attori sociali? La risposta è positiva e costituisce una delle chiavi di lettura più importanti del libro: «nämlich der bürgerliche Staat nie nur passiver oder gelangweilter Zuschauer des Marktgeschehens gewesen ist [...]» (p. 142).

7. *Verso il controllo della libertà contrattuale.*

L'argomento viene distesamente ripreso nel § 8, dedicato al contratto e alla libertà contrattuale («Vertrag und Vertragsfreiheit»), che personalmente considero il cuore del racconto. Di fronte ad una realtà sociale antagonista come quella del mercato, in cui il più forte, il più ricco, il più esperto, il più informato sono in posizione egemone, lo Stato è dovuto intervenire per correggere (almeno) le disparità più patenti, le disfunzioni più inique del libero gioco della concorrenza. Le situazioni prese in esame da Caroni sono sistemate in modo originale.

⁽³⁹⁾ G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Band I, *Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civilprocesses*, 8. Auflage, nach dem Tode des Verfassers besorgt von P. Krüger, Leipzig, 1875, p. 21, cit. a p. 138.

L'autore incomincia rievocando la lotta per la libertà degli interessi (pp. 153-163). Anche il denaro, nel mercato moderno, si trasforma in capitale da investire. Urge allora superare l'antico divieto, che del resto aveva già vissuto una « doppia vita » nel corso del medioevo e della modernità: formalmente rispettato, in quanto previsto da fonti autorevoli, ma anche aggirato nella pratica e manipolato dai giuristi per corrispondere alle esigenze di una società diversa, la regola perde di effettività fino ad essere abolita nel 1789. L'onda lunga della liberalizzazione coinvolge anche la Svizzera, protagonista di una storia che ricorda, anche in questo contesto, il « movimento del pendolo ». La libertà di interessi si afferma dapprima in modo esuberante. Walther Munzinger al *Juristentag* del 1866 l'ammanta di verità: una base teorica che sembra granitica, inoppugnabile e resistente al tempo⁽⁴⁰⁾. Ma il *revirement* è in agguato: la libertà di interessi si scontra con gli abusi, il diritto civile viene in soccorso del più debole, dapprima fissando dei limiti al tasso convenzionale (o delegando ad altre autorità il potere di fissarlo) e in seguito forgiando un nuovo rimedio.

L'intervento correttivo dell'autonomia privata più eclatante è rappresentato, nel microcosmo elvetico, dall'art. 21 dell'OR del 1911⁽⁴¹⁾. Questa disposizione, che rappresenta la risposta del legislatore svizzero al problema dello squilibrio economico originario delle prestazioni nei contratti sinallagmatici, ha assunto un valore paradigmatico anche fuori dai confini elvetici. Innanzitutto per la sua indipendenza rispetto al modello tedesco (§ 138 BGB) e secondariamente, come spiega benissimo Caroni, perché si distingue dall'antico rimedio della rescissione per *laesio enormis*. Ad attivare quest'ultimo, infatti, era sufficiente il presupposto oggettivo dello squilibrio economico del contratto (la semplice disuguaglianza economica, che superasse i limiti prefissati oppure fosse considerata eccessiva o manifestamente tale dal giudice), mentre l'art. 21 è veramente qualcosa di diverso, poiché introduce un rimedio che reagisce allo sfruttamento di determinate situazioni di disparità contrattuale espressamente nominate ed è inoltre di portata generale, applicabile a tutti i contratti: a buon diritto si può pertanto definire una svolta, espressione di un « soziales Priva-

(40) W. MUNZINGER, *Die Wucherfrage*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », 15 (1867), pp. 41-78, cit. a p. 155 nt. 58.

(41) Art. 21.1 (Lesione): « Verificandosi una sproporzione manifesta fra la prestazione e la controprestazione in un contratto, la cui conclusione fu da una delle parti conseguita abusando dei bisogni, della inesperienza o della leggerezza dell'altra, la parte lesa può nel termine di un anno, dichiarare che non mantiene il contratto e chiedere la restituzione di quanto avesse già dato ».

trecht» in campo contrattuale. La sua previsione nel codice federale delle obbligazioni è da considerarsi dunque positivamente⁽⁴²⁾.

In linea con la sobrietà dell'autore, tuttavia, poco aduso ai toni trionfalistici, anche questa importante disposizione presenta i suoi risvolti controversi, amari e forse indesiderati: ce li rivela da una parte la storia della sua formazione e dall'altra la verifica del suo impatto effettivo.

Dal primo punto di vista, ha ragione Caroni nel considerarla la manifestazione dell'individualismo sociale di Eugen Huber, di una prospettiva cioè ancora borghese, affine a quella di Gierke e Saleilles, che ne sfuma i contorni e ne ridimensiona la portata⁽⁴³⁾. Si vuol dire che se l'autonomia privata è più controllata, essa non è comunque negata e che il rimedio serve sì a tutelare la parte più debole, ma anche a mettere in sicurezza il principio della libertà contrattuale, su cui si basa il mercato, smussandone le conseguenze più inique e intollerabili⁽⁴⁴⁾. D'altro canto, l'aumento del potere discrezionale del giudice (dal quale si esige un «intervento mirato, ossia individualizzante»⁽⁴⁵⁾, difficilmente sostituibile da norme imperative settoriali) è stato ripagato da un'applicazione prudente e moderata, espressione di un «*sanft korrigieren*» che l'ha, se non paralizzata, certo frenata nella sua corsa. Si è trattato, comunque, di una regola «generosa»⁽⁴⁶⁾: l'aggettivo mi sembra quanto mai appropriato. Pur essendo intrisa di individualismo borghese, infatti, e quindi interna alla logica liberale, questa concessione di un «diritto occasionalmente diseguale»⁽⁴⁷⁾ rimane l'emblema degli interventi correttivi delle asimmetrie di potere contrattuale non affidati a clausole generali o a norme imperative, ma a disposizioni che fanno appello alla flessibilità del giudice, trasformando in legge una richiesta proveniente dalla galassia del diritto privato sociale, che ha pur faticato ad uscire allo scoperto in altre esperienze (si pensi al ritardo con cui in Francia o in Italia si è provveduto a mettere in vigore rimedi simili).

Potremmo interrogarci, come fa Pio Caroni, sulle ragioni di questo ritardo, impressionati dal fatto che la scommessa di una libertà di contratto accessibile a tutti era parsa già a molti autorevoli giuristi li-

(42) Per altri esempi di strategia liberale nello ZGB: P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», 110 (1991), 381-419; ID., *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber*, cit.

(43) CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 23, 34-35 lett. c.

(44) V. ora puntualmente CARONI, *Diritto privato ottocentesco*, cit., p. 162.

(45) CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber*, cit., p. 281.

(46) P. 157 («eine grosszügig ausgelegte Regel»).

(47) P. CARONI, *Le lezioni catalane*, in ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 89.

berali qualcosa di eccessivamente ottimistico. Come spiegare la fiducia di altri studiosi? Tra le risposte formulate da Caroni, una attira l'attenzione: è forse quella sorta di cultura dell'esclusione o della rimozione degli abusi del mercato («eine Kultur der Verdrängung», p. 159 lett. c) con la quale i civilisti ottocenteschi intesero esorcizzare il liberismo economico, che aveva il vento in poppa. Duecento anni dopo la prima pietra di un diritto diseguale introdotto per compensare le aporie del mercato, il bilancio non è ancora in pareggio. Ma almeno quella che prima sembrava un'eccezione alla regola (un *Sonderrecht*) ha acquisito statuto di norma conforme al principio generale di una libertà che nasce già limitata e presenta dei limiti «immanenti»⁽⁴⁸⁾.

Viene da riflettere in rileggere la celebre opinione di Eugène Gaudemet, secondo cui il codice civile svizzero avrebbe toccato il punto più alto in materia di socializzazione del contratto⁽⁴⁹⁾: affermazione smentita dalla storia. Caroni chiude questo denso capitolo con una constatazione problematica e ancora una volta amara: forse la contraddizione di fondo del diritto dei contratti, il fatto cioè di rivolgersi ad una società antagonista, non è stata ancora risolta. Nel fondo, il contratto è rimasto «sozial blind» (p. 162), impotente da solo a cambiare il mercato, anche se il diritto si è sforzato di aggiungere più strumenti correttivi e protettivi. Giunge quanto mai opportuna, quindi, la citazione della profetica (e cruda) frase «die Freiheit die Gleichheit nicht in sich schliesst», pronunciata nel bel mezzo del dibattito costituzionale elvetico del 1799⁽⁵⁰⁾.

Il secondo tipo di intervento esaminato in questo stimolante paragrafo concerne le vicende elvetiche del *Tarifvertrag* (pp. 163-172). Si è trattato in questo caso di attuare un intervento legale più incisivo e robusto (un «härteres Eingreifen»), rispetto alla correzione delle sperequazioni economiche dei singoli contratti individuali di scambio affidata all'intervento occasionale del giudice: legittimare un nuovo paradigma di contratto e insieme una nuova forma di autonomia, che recuperasse all'orizzonte del diritto codificato la dimensione collettiva.

(48) P. 157: «die Lehre der Immanenz — zu der man sich heute mehrheitlich bekennt —, nach der Vertragsfreiheit und Freiheitsbeschränkungen genetisch verbunden sind, daher als Aspekte gelten, die von Anfang an zusammen auftreten und wirken».

(49) Vedila puntualmente menzionata a p. 162 nt. 109.

(50) *Entwurf einer helvetischen Staatsverfassung, der am 8. Januar 1799 vorgelegt wurde*, Erster Abschnitt, Hauptgrundsätze, Art. 4, in *Aktensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik* [1798-1803], Band IV, Bern, 1892, p. 1326, cit. a p. 163 nt. 116.

Caroni intraprende anche in questo caso un viaggio nell'esperienza svizzera. La transizione da una fase caratterizzata dall'irenica convinzione che il libero incontro delle volontà si potesse realizzare armonicamente anche nel campo dei rapporti di lavoro alla presa di coscienza di come l'autonomia privata in ambito industriale fosse ancor più di facciata, si è determinata prima di tutto nella società stessa, che si è auto-regolata ed ha praticato gli accordi collettivi di lavoro ben prima del loro riconoscimento formale da parte del legislatore. È nata così spontaneamente un'autonomia collettiva che si è contrapposta agli imprenditori, moderandone le pretese: «Friedensdokumente» accettati dalla controparte più per interesse che per convinzione. Il primo riconoscimento legale dei contratti collettivi di lavoro, avvenuto con la revisione del codice unico delle obbligazioni e grazie all'impulso delle lungimiranti teorie di Philip Lotmar, è calato su una società che ne aveva già fatto la sperimentazione. Il principio dell'obbligatorietà per le parti contraenti e la nullità delle clausole contrarie contenute nei contratti individuali (effetto assoluto del contratto collettivo) sono le fondamenta di questa costruzione, gli elementi necessari senza i quali il contratto collettivo sarebbe rimasto «ein eisernes Messer mit hölzerner Klinge» (p. 168).

Il riconoscimento legale ha stimolato la dottrina ad occuparsi di una serie di questioni prima ignorate, come quella della natura giuridica del contratto collettivo. Più lungo e intricato è stato viceversa il cammino verso l'obbligatorietà generale (efficacia *erga omnes*) dei contratti collettivi, quella «*Allgemeinverbindlicherklärung*» raggiunta soltanto con la legge federale del 1956, ma sottoposta a condizioni restrittive e di limitata applicazione. Le vicende dei contratti collettivi di lavoro ispirano a Caroni delle importanti riflessioni sulla natura dell'intervento compensativo attuato dallo Stato. Intervento più forte rispetto al caso precedentemente analizzato, che tuttavia non ha inteso smentire il principio della concorrenza, ma si è limitato a modificare le condizioni di partecipazione al gioco del mercato al fine di permettere ai lavoratori di correre in posizione di parità. Il bilancio, da questo punto di vista, permette di registrare un primo esito positivo. Non bisogna però dimenticare che l'obbligatorietà generale dei contratti collettivi, malgrado tutto, è un obiettivo ancora non compiutamente realizzato, così come il loro contenuto sostanziale resta distante dalle previsioni di Lotmar. Ancora una volta, Caroni descrive una storia fatta di successi parziali, in cui il diritto privato ottocentesco appare come l'avvio di un viaggio che sfocia in un presente ancora problematico, in cui i lavoratori, malgrado la conquista dell'autonomia collettiva, non sono ancora pienamente protetti dai pericoli di un mercato sempre più aggressivo.

La terza categoria di interventi correttivi del mercato descritta da Caroni è significativamente denominata *legiferare «bürgerfreundlich»*

(pp. 172-181). Come il termine rende evidente, l'autore attira l'attenzione sulle restrizioni della libertà contrattuale stabilite per soddisfare gli interessi della stessa classe imprenditoriale borghese e che non miravano a sovvertire il mercato, quanto piuttosto a renderlo più efficiente.

Il primo esempio è costituito dalla tariffa generale dei dazi doganali, introdotta nel 1884, che ha segnato un mutamento di rotta considerevole per la Confederazione, nota fino a quel momento come territorio di libero commercio (pp. 173-174). Anche in questo caso, la fine del libero scambio non viene spiegata con ragioni astratte e teoriche, ma è riferita ad una concreta esigenza sociale: è l'esito della congiuntura economica di fine secolo e di uno scontro interno alla classe imprenditoriale, che ha visto prevalere le istanze della grande industria.

A questa vicenda si collega lo sviluppo parallelo degli accordi di cartello (pp. 174-179), che sono stati visti anche come un controcanto dei contratti collettivi di lavoro. Diversamente da quelli, tuttavia, essi furono percepiti come un serio pericolo per la libertà di concorrenza, e quindi oggetto di disciplina legale, anche se con ritardo. L'intervento messo in atto dallo Stato attraverso la lotta contro gli abusi derivanti dai cartelli, secondo l'autore, ha natura diversa rispetto alle misure di carattere compensativo viste sopra: lo scopo è di limitare la libertà di contratto in quanto il suo esercizio mette a rischio la libertà di concorrenza, che è la funzione principale del mercato. In questo senso, la legislazione *antitrust*, che imbriglia i poteri economici forti, è ritenuta coerente con il sistema. In altri termini, lo Stato si è mosso, in questo caso, per evitare che, usando le parole di Joyce, «the competitive order is employed against himself»⁽⁵¹⁾.

Una terza tipologia di interventi restrittivi, diversi dai rimedi di giustizia contrattuale a scopo compensativo, mira a tutelare il funzionamento ottimale del mercato vietando con norme imperative disposizioni contrattuali che possano inceppare la circolazione dei beni mobili e immobili, proibendo, ad esempio, fedecommissi o donazioni a fondazioni, introducendo divieti di alienazione di un bene, rinunce al diritto di imporre altri oneri sui fondi già costituiti in pegno immobiliare (pp. 179-181).

Cosa si può trarre come insegnamento da quest'acuta analisi dei processi economici sottostanti alla legislazione dalla seconda metà dell'Ottocento in avanti? Questi esempi restituiscono un quadro assai più articolato, complesso e dettagliato del diritto privato ottocentesco nel campo dei contratti. Nella fase iniziale, lo Stato si è preoccupato

(51) J. JOYCE, *A Portrait of the Artist as a Young Man. Text, Criticism and Notes*, ed. by C.G. Anderson, London, 1968, p. 266, cit. a p. 178 nt. 233.

di marcare una netta distanza rispetto all'*Ancien régime*, neutralizzando i ceti e incanalando tutti i soggetti giuridici, proprietari e consumatori, nel gioco della concorrenza, formalmente ad armi pari, ma di fatto sfruttando le diseguaglianze materiali già esistenti e le altre create dal nuovo spazio del mercato. In questo senso si può dire che lo Stato si sia ritirato, rispetto al passato, lasciando libertà di iniziativa economica agli individui. Nelle società come quella francese uscite da una rivoluzione borghese, ma anche nella Svizzera ottocentesca, i codici civili, letti in quest'ottica, hanno dunque certamente inteso cambiare. In una seconda fase, tuttavia, lo Stato è intervenuto, da un lato per correggere le diseguaglianze socialmente più intollerabili, dall'altro per difendere il corretto funzionamento del mercato; per assicurare un uso virtuoso dell'autonomia privata, che escludesse abusi nei confronti dei proprietari o dei consumatori, oppure per evitare vincoli alla libertà di concorrenza, ostacoli alla circolazione dei beni nel mercato, vincoli contrari all'uso ottimale delle risorse.

L'affresco sociale che Caroni dipinge in questo corposo paragrafo della sua opera è una brillante testimonianza di *Wirkungsgeschichte*. L'autore ha voluto concretamente proseguire il viaggio andando oltre la lettera del codice: si è chiesto come la società accolse la libertà così munificamente concessa dal legislatore, ha posato lo sguardo sulle ripercussioni sociali della libertà di contratto. Ha scoperto una società in fermento, tutto meno che piatta e liscia nella sua superficie, solcata da tensioni e conflitti sociali, interni ed esterni alla classe borghese. A margine dell'indagine sociale che ci ha presentato, Caroni ribadisce un'idea di fondo: il contratto, nella transizione all'età borghese, è diventato la «Hauptform der gemeinschaftlichen Lebensgestaltung» (p. 183). In quanto tale, esso ha registrato le diseguaglianze materiali presenti nella società, ma non le ha create e quindi non può dirsi responsabile in sé dello sfruttamento delle asimmetrie di mercato. L'autore, estendendo lo sguardo alla società reale, ha disegnato un itinerario, che lo ha progressivamente portato a smitizzare la libertà di contratto, a spogliarla dei suoi contenuti ideali, a limitarne i confini, recependo più o meno compiutamente istanze, desideri, aspirazioni dei destinatari del messaggio del legislatore. L'esito lucidissimo di questo viaggio non è consolatorio: «besser als vor hundert oder zweihundert Jahren wissen wir freilich heute, dass Verträge jeweils bloss die (gleiche oder ungleiche) Machtfülle jener Parteien widerspiegeln, die sie abschliessen. Euphorie hat längst der Nüchternheit Platz gemacht» (p. 187).

8. *La proprietà nel vortice del mercato.*

Gli ultimi due paragrafi del libro sono dedicati ai cambiamenti epocali nel campo dei diritti reali: come si è affermato nel tempo il nuovo concetto unitario di proprietà, che si contrapponeva al plurise-

colare dominio diviso, alla cui mentalità Caroni dedica pagine molto belle; come la società (quella svizzera in particolare) ha metabolizzato questa transizione, come sono cambiati i comportamenti dei proprietari e l'atteggiamento del legislatore nei loro confronti, in relazione alle esigenze del mercato. Sì, perché anche in questo caso l'autore suggerisce che per capire come le cose sono andate veramente è necessario staccarsi dalle parole dei codici e confrontarsi con la società a cui quelle parole erano destinate, e quindi calare i *diktat* del legislatore nelle concrete vicende economiche del mercato, che ora aveva bisogno di un unico proprietario esclusivo, intraprendente e dinamico, anche nella gestione dei beni immobili. Il § 9 focalizza proprio questo «Übergang von der Koexistenz vielfacher Teileigentumsrechte zur Alleinherrschaft eines einzigen, daher ausschliesslichen Eigentümers» (p. 189), soffermandosi, prima di descrivere «der Siegeszug einer neuen Eigentumslehre»⁽⁵²⁾, sui vari tipi di proprietà plurale alle soglie delle rivoluzioni borghesi. Su questo mondo, che non scompare in un lampo, lo sguardo si china con rispetto, senza pregiudizi negativi: l'autore detesta, anzi, i termini con cui il dominio diviso è stato sprezzantemente descritto dai suoi oppositori: «Zersplitterung, Zertrümmerung, Pulverisierung, Zerstückelung, démembrement, dissémination, dispersione, frazionamento, sfarinamento, sgretolamento» (p. 190), di contro alla compattezza della nuova proprietà. Preferisce piuttosto comprendere i valori di quella civiltà delle cose, in cui l'uomo era attratto dal reale e viveva in funzione dell'uso ottimale dei beni. Egli dedica perciò un'affascinante digressione al primato della proprietà collettiva, nella quale fa rivivere istituzioni, comunità e paesaggi. Quando la società «von der Zirkulationswut des Marktes noch nicht ergriffen worden war», la proprietà era articolata e «die Vielfalt der Gesellschaft widerspiegelt» (p. 199). Consisteva in un fascio di poteri, che potevano essere divisi, come un «pacchetto», tra una pluralità di titolari, ciascuno dotato anche di uno specifico *status* sociale, perché solo attraverso questo frazionamento era possibile ottenere un uso ottimale dei beni. I giuristi medievali, con la loro libera *interpretatio* dei testi antichi, seppero leggere la struttura profonda della loro società e dare ad essa un ordinamento dotato di una legittimazione autorevole, attraverso la distinzione di un *duplex dominium*, rimasta dominante nei secoli.

La società borghese si basa invece sulla concentrazione dei poteri nelle mani di un unico proprietario: una rivoluzione, senza dubbio. A Caroni non interessa tanto approfondire le radici teoriche della proprietà ovvero la storia del nuovo concetto di proprietà, che si estende fino agli allievi di Savigny e al fortunato articolo di Thibaut del 1801.

(52) È il titolo del § III: pp. 200-211.

Egli ritiene invece di dover cercare le ragioni del successo del nuovo modello di proprietà nella società e crede pertanto che la sua comparsa «kaum als autarken Sololauf, bzw. als selbstgenügsame Episode erscheinen lassen» (p. 203). Esplora dapprima l'ambiente costituzionale e individua nella de-feudalizzazione la molla decisiva che anche in Svizzera ha permesso alla proprietà unica ed esclusiva di emergere. Occorre dunque evitare di rimanere abbagliati «von der magischen Kraft jener technisch einwandfreien, kernigen Definition» (p. 205) dei codici cantonali, perché non sono bastate quelle parole a valorizzare la nuova proprietà. La de-feudalizzazione, inoltre, è stata un'operazione complessa, che ha richiesto tempo e denaro: anche da questo punto di vista, la transizione non è stata fulminea, come tanto euforicamente si è ritenuto, ma è stato piuttosto l'effetto di una serie di onde d'urto o di scosse di assestamento, che hanno avuto molteplici conseguenze. Su una di queste, l'autore sofferma la sua attenzione: la nuova proprietà ha cambiato anche le modalità dell'espropriazione, che ora è circondata da una serie di presupposti legali, al fine di garantirne l'inviolabilità.

Il § 9 si chiude con la descrizione del contesto economico nel quale la grande trasformazione si è attuata. Ancora una volta, Caroni ricorre all'irresistibile attrazione del mercato per spiegare l'ascesa del nuovo paradigma proprietario. Un mercato non più orientato all'uso, per il soddisfacimento di bisogni locali, familiari o comunitari, ma alla circolazione dei beni, trasformati in merci e in valori commerciali. La nuova proprietà, in questa prospettiva, corrispondeva alle aspettative di mobilitazione dei valori e di commercializzazione dei beni proprie di questa fase del capitalismo. Anche i beni immobili non hanno resistito all'«effetto richiamo» del mercato. La transizione è scolpita con parole efficaci: «so wie ehedem das Primat der Nutzung möglichste Streuung bewirkte, rief nun gleichermassen das Primat der Verfügung nach Alleinstellung der Eigentumstitularität» (p. 210). Se ciò comportasse anche una disciplina uniforme di tutti i beni, l'autore non lo crede, giustamente impressionato dalle disposizioni dedicate alla proprietà fondiaria e immobiliare che ora, proprio perché destinata anche a circolare, necessitava di cure particolari. Da qui lo sguardo molto scrupoloso che egli riserva alle innovazioni nel campo della pubblicità dei diritti reali immobiliari e al graduale perfezionamento del sistema nei Cantoni e nella Confederazione elvetica.

Il § 10 del libro, nel quale l'autore si propone di analizzare il passaggio da una *funzione* all'altra della proprietà («Von der einen zur anderen Funktion des Eigentums»), chiude coerentemente il percorso intrapreso ed è tra i più riusciti e vivaci. Caroni lo incentra tutto su un quesito cruciale: se si possa ritenere che il nuovo diritto di proprietà sia stato il risultato della resa dello Stato alla società. Se il nuovo proprietario unitario, in altri termini, sia stato lasciato completamente li-

bero di agire all'interno dello spazio del mercato da monarca assoluto, da individuo solitario e autonomo, senza limiti e restrizioni.

Torna qui a proposito richiamare un'opinione che l'autore aveva già espresso e che ora riprende con più vigore (al punto da inserirla nel titolo del paragrafo): anche la proprietà borghese, a dispetto delle definizioni dei codici, si può descrivere come dipendente da una funzione. Se il proprietario medievale viveva all'ombra delle cose e in *funzione* del migliore uso delle risorse naturali, anche la nuova proprietà borghese non può essere descritta al punto da farla dipendere esclusivamente dal «Belieben» del suo titolare. Proprio perché il proprietario è inserito nella rete tentacolare del mercato ed è diventato un attore protagonista, il *negotium*, cioè lo sfruttamento ottimale dei beni, prevale sull'*otium*, sull'inerzia, la rinuncia, l'inattività⁽⁵³⁾. Lo Stato, in realtà, lungi dal ricoprire il ruolo dello spettatore indifferente, che si limita a delegare potere ai privati, controlla i modi di esercizio della proprietà orientando, promuovendo, in una parola intervenendo a tutela di interessi vari, in una serie molto articolata di situazioni che Caroni riorganizza secondo una scaletta molto convincente. Quel che è certo, in questa visione, è che lo Stato non approva qualsiasi uso della proprietà e che il silenzio che circonda la definizione astratta della proprietà, che è il cardine dei codici civili borghesi, non è un silenzio assenso, ma una presunta reticenza del legislatore, l'esito di un'interpretazione eccessivamente letterale della legge. Le restrizioni al diritto di proprietà, che l'autore documenta, restituiscono un'immagine diversa della strategia del legislatore. Dietro alla corteccia delle parole, come nel caso della capacità giuridica e dell'autonomia privata, si nasconde un programma, lasciato alla realizzazione del proprietario: il che non significa che lo Stato non sia intervenuto per tutelare determinati interessi, messi in pericolo dall'inerzia o dall'iniziativa dei proprietari.

Nella rassegna che l'autore disegna con mano maestra, traendola da quell'osservatorio privilegiato che è l'esperienza elvetica, incontriamo per prime le pratiche «indesiderate» (pp. 217-221), nelle quali confluiscono tutte quelle situazioni legate ad un uso improduttivo e non dinamico dei beni immobili, dannose per la nuova società di mercato, che viceversa tende alla massima circolazione del suolo e dei terreni. In questa prospettiva, il diritto civile disapprova il proprietario riluttante o parassita e interviene in negativo vietando l'uso improduttivo dei beni oppure in positivo, assecondando la de-feudalizzazione, favorendo e promuovendo l'uso più intenso e ottimale dei beni, attraverso una gamma di misure distese nel tempo, perché, come ripetuto più volte, l'operazione fu lunga e complessa.

⁽⁵³⁾ Riassumo i punti principali del ragionamento sviluppato alle pp. 212-215.

Rientra tra le pratiche indesiderate anche la costituzione di oneri fondiari e di servitù (pp. 218-221), ormai percepite come ostacoli allo sfruttamento pieno della proprietà, dal momento che il primato dell'uso aveva ceduto il posto al primato della disposizione, e risistemate concettualmente come *iura in re aliena*. A questo riposizionamento conseguono due risultati: i limiti frapposti alla loro costituzione e il favore per la cancellazione delle servitù che abbiano perduto ogni interesse per il fondo dominante, cui fa riferimento l'art. 736 ZGB.

In terza battuta, Caroni esamina gli interventi più numerosi e significativi di limitazione del diritto di proprietà (pp. 221-227). Essi sono tutti *interni* al diritto privato e appartengono alla categoria delle strategie positive messe in atto dal legislatore per promuovere lo sfruttamento dei beni in linea con le aspettative del mercato⁽⁵⁴⁾. Il panorama svizzero, da questo punto di vista, si rivela di una vivacità impressionante. Il discorso diventa serrato, gli esempi suggeriti dai problemi di un'economia di transizione si moltiplicano. E la volta, in primo luogo, delle conseguenze derivanti dalla frammentazione delle parcelle agricole, che ha aumentato il numero dei proprietari fondiari ma aperto anche una serie di questioni connesse, che sono state risolte con interventi volti ad ovviare ai danni economici o alle calamità derivanti dalla divisione dei terreni.

Caroni si diffonde poi con particolare competenza sulle misure adottate per garantire lo sfruttamento delle foreste (pp. 227-232), beni di cui la transizione al nuovo corso economico ha mutato la destinazione: da qui le misure tese ad incentivare la produzione di legname e ad ovviare al disboscamento in modo da raggiungere l'obiettivo della conservazione delle aree silvestri. Dietro alla meticolosa legislazione forestale emanata dai Cantoni o dalla Confederazione si nascondono in realtà anche conflitti di interesse economico, che l'autore mette efficacemente in evidenza, mostrando anche in questo caso come il diritto abbia corrisposto alle attese di una società in cambiamento. Una legislazione talmente intensa da suscitare un dibattito sulla natura giuridica del diritto di proprietà delle foreste, di cui il libro fornisce una puntuale sintesi.

Il terzo esempio di strategia positiva attuata dal legislatore ottocentesco concerne ciò che l'autore definisce un percorso «zum Siegeszug der Verpfändungsfreiheit» e ha come premessa le difficoltà che dovette sostenere il mondo contadino di fronte alla nuova società di mercato (pp. 232-240). Gli agricoltori dovettero fronteggiare una crisi derivante dalla concorrenza dei prodotti stranieri, dalla riduzione dell'offerta di credito inversamente proporzionale alla domanda di inde-

⁽⁵⁴⁾ Chiave di lettura ribadita in CARONI, *Diritto privato ottocentesco*, cit., p. 163.

bitamento, e finalmente dalla differenza tra valore di rendimento e valore di reddito dei terreni agricoli. È evidente, già da queste considerazioni, che il discorso di Caroni è saldamente impiantato in una concreta realtà economica e non si perde in disquisizioni dogmatiche. Ad una pressante richiesta di liberalizzazione dei pegni immobiliari (e di conseguenza anche delle ipoteche), il legislatore rispose con una politica adeguata, esattamente opposta, chiosa l'autore, a quella realizzata nei confronti delle servitù. I diritti reali di garanzia erano formalmente appartenenti alla stessa categoria degli *iura in re aliena*, ma avevano una funzione diversa, nella logica del mercato. Citando le parole di Eugen Huber, il pegno fondiario è «das Zwillingsgeschwister des Grundeigentums» e ciò lo diversifica dagli altri diritti reali limitati, lo promuove ad una funzione che è di supporto al migliore sfruttamento del bene immobile (p. 233).

Il legislatore è stato chiamato perciò a incoraggiarne la costituzione: ed è ciò che Caroni descrive, illustrando in pagine tecnicamente meticolose, i passi compiuti dal legislatore nel regolamentare i pegni immobiliari. Un evento dai riflessi pratici paragonabili a quelli della risistemazione dei libri fondiari e della relativa pubblicità.

Per chi è persuaso che la *Wirkungsgeschichte* sia una strada proficua da intraprendere, questo argomento è di importanza pari alle questioni che abbiamo incontrato sopra in materia di contratto. Illuminante, da questo punto di vista, è il § 5 del capitolo (pp. 238-240), nel quale Caroni sottopone ad una sottile analisi la natura e gli effetti degli strumenti messi a disposizione di creditori/finanziatori e debitori/coltivatori da Eugen Huber, i quali, letti con le lenti bene a fuoco e con occhi disincantati, appaiono in definitiva contrassegnati dal prevalere della libertà contrattuale delle parti e quindi dai rispettivi rapporti di forza economica. Caroni non rinuncia a qualche frecciatina nei confronti di chi, con ingenuo entusiasmo, plaude, senza considerare realisticamente anche i rischi sottesi alla libertà tanto generosamente concessa.

Analogo apprezzamento merita, per la sua profondità di analisi, il capitolo finale, dedicato alle espropriazioni di diritto privato (pp. 240-245). Anche in questo caso, l'immagine tratteggiata di un legislatore pigro e poco propenso a intervenire è messa seriamente in discussione. Ciò che Caroni intende conclusivamente ribadire è che anche nei confronti del diritto di proprietà il legislatore è stato un regista accorto e sagace, e piuttosto iperattivo, certo non immobilista⁽⁵⁵⁾.

(55) P. 244: «nicht bloss zuschaute und geschehen liess, sondern prüfte, wählte, Partei ergriff, ermutigte, erforderlichenfalls durchaus bereit war, Macht zu zeigen und Zwang einzusetzen, um dem von ihm erwünschten dynamischen Umgang mit dem Eigentum die nötige Förderung nicht fehlen zu lassen».

Lo dimostra in particolare la vicenda delle espropriazioni a favore delle società commerciali private, già condannata nell'istante in cui era stata ammessa dal bernese Hans von Scheel, e poi ridimensionata dai successivi interventi a livello federale, che hanno conferito più poteri di controllo alle autorità federali, dotandole di strumenti più adeguati alla tutela dell'interesse generale (pp. 242-245).

Per concludere (veramente). Pio Caroni è un instancabile viaggiatore, inquieto e disincantato, di quell'isola che non c'è, di quel paese lontano, che è il passato. Uno studioso sempre in movimento: «la sonda scava tuttora, instancabile e silenziosa. [...] il periplo dunque continua. Itaca è ancora lontana, dal mio osservatorio nemmeno la intravedo»⁽⁵⁶⁾.

Questo libro intrigante, ordinato secondo una logica implacabile, scritto con linguaggio ricercato ma accessibile, fresco e letterariamente superbo, ha voluto raccontare con equilibrio e *understatement* una storia diversa, perché riferita ad un microcosmo sociale più appartato e forse più dimesso rispetto al referente di grandi narrazioni epiche ispirate da altre esperienze. Ha voluto raccontare il momento di passaggio alla società mercantile borghese, che anche in terra elvetica ha sconvolto le abitudini e le attitudini dei soggetti, promuovendoli ad attori di uno spazio pensato per individui proprietari liberi ed eguali. L'operazione, sotto la tranquillizzante scorza delle parole predisposte nei codici, ha rivelato — allo sguardo attento di chi non insegue chimeri ma fatti — increspature, ambiguità, cromatismi. Il catalogo delle interpretazioni originali proposte da Caroni si rende evidente solo scorrendo l'indice dei fenomeni dei quali abbiamo discorso finora, seguendo il filo rosso del suo discorso. Fenomeni che trovano la loro spiegazione non in motivi teorico-dogmatici, ma in strategie funzionali ad una società in cambiamento. Rispetto ai quadri classici, questa storia ama le diacronie, lo abbiamo constatato più volte, e perciò è sempre pronta e disponibile a descrivere dei contesti veri, fatti di scontri di interessi antagonisti. Questa storia è riuscita a dimostrare che la Svizzera, nell'approccio ai grandi temi dell'Ottocento europeo, non è stata una pedina subalterna, ma ha espresso una propria orgogliosa identità, che l'autore ha fortemente sottolineato, fiero di questa «irregolarità». La società di mercato si è perciò prima realizzata e poi sviluppata secondo modalità, processi e scarti peculiari. Anche se ha inteso raccontare la storia giuridica del suo Paese, come tutti i grandi libri anche questo ha una valenza universale. Non solo perché è un libro dotato di respiro europeo, ma perché insegna che l'Ottocento, il passato prossimo che ha scelto di raccontare, è stato effettivamente l'inizio di un discorso nuovo su temi del nostro presente: codici, diritto e scienza, mercato, contratto e proprietà.

⁽⁵⁶⁾ CARONI, *Quizás un epílogo*, cit., p. XXIV (cito dalla trad. it. dell'autore).

BARTOLOMÉ CLAVERO

LA EXCEPCIÓN Y LA NORMALIDAD

(A propósito de la historia comparada de un constitucionalista) (*)

No person professing the democratic faith can take much
delight in a study of constitutional dictatorship; the fact
remains that it has been with us exactly as long as
constitutional government.

C.L. Rossiter, 1948.

The contest over interior rights and laws will be dwarfed
when set beside the exterior record.

E.P. Thompson, 1975.

1. Preámbulo de reconocimiento y homenaje. — 2. De cómo un constitucionalista vocacional devino primariamente historiador. — 3. Primer movimiento: comenzando por la excepción. — 4. Segundo movimiento: acudiendo a la normalidad. — 5. Clave de bóveda: la excepción colonial. — 6. Repaso de literatura: jurisdicciones poscoloniales. — 7. Comparación: de respuestas en falso a interrogantes en serio. — 8. Colofón: ¿Y del constitucionalismo, qué?

(*) Encuentro Hispalense en torno a la obra de Pedro Cruz Villalón, 27-28 de setiembre de 2018, cuyos organizadores, sus discípulos Fernando Álvarez-Ossorio y Joaquín Urías, me confiaron una intervención metodológica: *La viabilidad, como método, de la Historia Constitucional Comparada*, extremo que oralmente fue al inicio y que ahora esperará al final. Se destina también a capítulo de mi libro *Derecho de otras gentes entre genocidio y constitucionalidad*. Pedro Cruz ha sido profesor de la Universidad de Sevilla entre 1971 y 1992, para pasar acto seguido a la Autónoma de Madrid, así como Letrado, Magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional español y Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1. *Preámbulo de reconocimiento y homenaje.*

Vaya por delante mi *disclosure statement*. Me dispongo a hablar de afanes y logros de Pedro Cruz Villalón refiriéndome a él como Pedro a secas por la confianza que nos profesamos. Somos compañeros y amigos desde tiempos de adolescencia. Es una amistad acrecentada por nuestra convivencia de largos años en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla primero como estudiantes y luego como profesores e investigadores. Hemos compartido mentor, Pedro jurisdiccional, yo académico, en la persona de Francisco Tomás y Valiente⁽¹⁾. Somos prácticamente coetáneos, él siempre un año por delante en más sentidos que el temporal. Como mayor en edad, saber y gobierno, aunque sea lo primero por poco, lo segundo por lo que toca al constitucionalismo y lo tercero por entero si incluimos el ejercicio de la jurisdicción, aprovecho gustoso la oportunidad de prestarle un homenaje antidoral, esto es, libérrimo y debido a un tiempo.

Pedro se encuentra entre los pocos compañeros que han sido y son para mí también maestros, más aún en nuestros comienzos, durante unos tiempos en los que nos vimos abocados al autodidactismo. Padeíamos la interrupción del tracto de magisterios que había empecinadamente provocado, con exterminio, depuración, exilio y aislamiento, la dictadura franquista en sus primeros tiempos⁽²⁾. Éramos lectores voraces guiados por nuestro olfato y por el intercambio de recomendaciones entre los compañeros. Tuvimos que airearnos

⁽¹⁾ Tras su vil asesinato, Pedro cumplimentó un capítulo no tratado en mi tributo: B. CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milán, Giuffrè, 1996; Pedro CRUZ VILLALÓN, *Razón de Constitución (Tomás y Valiente, magistrado)*, en «Quaderni fiorentini», 26 (1997), pp. 717-737. Reitero el recuerdo porque sin él, entre procedimientos que no miran exactamente a capacidades, Pedro no hubiera accedido a la magistratura ni yo a la cátedra: B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente y la historia del derecho como profesión*, y P. CRUZ VILLALÓN, *Tomás y Valiente en la fundación constitucional del Estado de las Autonomías*, ambos en *Francisco Tomás y Valiente. Memoria y legado de un maestro*, ed. Paz Alonso Romero, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2016, pp. 15-47 y 355-369, con otros escritos suyos y míos de por medio sobre la significación de su obra y el valor de su persona.

⁽²⁾ Jaime CLARET, *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo, 1936-1945*, Barcelona, Crítica, 2006; *La destrucción de la ciencia en España. Depuración universitaria en el franquismo*, ed. Luis Enrique Otero Carvajal, Madrid, Universidad Complutense, 2006; *La Universidad Nacionalcatólica. La reacción antimoderna*, ed. Id., Madrid, Universidad Carlos III, 2014, Para nuestro centro que rinde el homenaje, Antonio MERCHÁN, *La Facultad de Derecho de Sevilla durante la Guerra Civil, 1935-1940*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2018.

afuera, más él por Alemania, yo por Italia, para formarnos. La generación anterior, la de Tomás y Valiente, no había tenido esta posibilidad. Con él también departíamos, en pie de igualdad pronto ambos. Algunas de las cosas que diré proceden de mis recuerdos o, mejor, de nuestros recuerdos ¡compartidos por vividos y por platicados, aunque Pedro no es que haya sido nunca muy locuaz. No tiene la costumbre de prodigarse en pronunciamientos de teoría ni en reflexiones de método, pero algo incluso de metodológico sacaremos de sus escritos⁽³⁾.

Voy a ocuparme de la obra de historia constitucional comparada que Pedro sólo ha cultivado a conciencia durante unos primeros tiempos de su larga trayectoria como investigador. Yo he venido en cambio a este terreno en una etapa postrera. Y llevo a estas alturas más tiempo dedicado a la materia del que él le destinó. De historiador constitucional comparatista a historiador constitucional comparatista, lo que sigue va a resultar un diálogo en términos no del todo equilibrados ni igualitarios. Su voz nos alcanza desde la juventud pasada y la mía os llega, si se me concede, desde la madurez presente. Sólo puedo alegar que me esmeraré en ubicar y ponderar cuando surja también la comparación, como será en algún momento inevitable, entre nuestros respectivos trabajos. Amistad obliga y quizás, en estas lides, justifique. Tomad todo esto, mis *statements* de entrada, a los efectos que estiméis oportunos quienes, gentes ya de historia ya de derecho, os aprestáis a proseguir con esta lectura sobre la obra historiográfica de un constitucionalista⁽⁴⁾.

(3) Para registro bastante completo online: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=77494>. Aquí nos interesan los primeros tiempos, los sevillanos, que él mismo, en un *résumé* inédito que me participa, identifica como periodo de investigación «on Comparative Constitutional History», de la que voy a tratar. Su mentor alemán lo fue más en constitucionalismo que en historia constitucional: Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, selección, traducción e introducción de P. Cruz Villalón; ed. ampliada, 2012.

(4) «I am fully aware of the objections which may be made [...] but I remain firm and confident», advertía James BOSWELL en los prolegómenos a su *Life of Samuel Johnson*, amigo de largos años; cito de la tercera edición corregida y ampliada (1799, p. 38) disponible completa en *Google books*. Eran tiempos en los que la amistad seguía vinculada a su raíz, el amor. En este terreno, permítaseme agregar que, por mi parte, he tenido la suerte no sólo de compañeros que han sido maestros, sino también de discípulos que lo devienen, como se podrá apreciar aquí por mis referencias a la obra de Sebastián Martín. Y hay todavía otra suerte que comparto, en grado diverso, con Pedro, la de oportunidades habidas para investigación no enclaustrada en la academia, «anfibia» como la califica César RODRÍGUEZ GARAVITO, *Investigación anfibia*.

2. *De cómo un constitucionalista vocacional devino primariamente historiador.*

He ahí o, mejor, hubo allí, *in illo tempore*, un joven Pedro que concluye su carrera de derecho en la Universidad de Sevilla a mediados de un año tan señalado como el de 1968 con la natural incertidumbre sobre su futuro, una incertidumbre además acentuada por la determinación de dedicarse profesionalmente a la docencia y la investigación en una especialidad, la de derecho constitucional, inexistente por entonces en la España sometida a una dictadura de incógnito futuro. Ya he dicho que eran otros tiempos. Si he añadido que fue un año señalado aquel de la culminación de su carrera, es por la repercusión de los acontecimientos del 68, desde Francia en mayo y Checoslovaquia en agosto hasta México en octubre. Entre nosotros, la agitación mayor se había producido en marzo, conduciendo a la expulsión de la Universidad de Sevilla de veintitrés compañeros, algunos muy cercanos para ambos, para Pedro y para mí⁽⁵⁾. Son acontecimientos que no podían resultar indiferentes a alguien que avanzaba en sus estudios de derecho y que quería ser constitucionalista.

Vivíamos en una dictadura que además, encima, recurría a estados de excepción acentuando la inseguridad y el riesgo del simple ejercicio de libertades personales, ya no digamos de las colectivas. Aquellos estados de excepción, como el de los primeros meses de 1969, lo eran por partida doble. Se trataba de estado de excepción en Estado de excepción, dictadura en la Dictadura como pudo decirse desde medios sindicalistas que lo sufrieron mucho más que los estudiantiles⁽⁶⁾. La excepción era permanente. Para procederse a las sanciones universitarias del 68 no se necesitaba de estado de excepción. Las expulsiones eran sumarias y definitivas. Ni siquiera se daba audiencia a los reos. Ni las sanciones comunicaban posibilidad alguna de recurso administrativo ni, todavía menos, judicial. La policía era la que había confeccionado la lista de expulsables⁽⁷⁾. Durante el estado

La investigación-acción en un mundo multimedia, ed. actualizada, Bogotá, Dejusticia, 2015.

(5) B. CLAVERO, *Memorias y desmemorias de la Sevilla del 68 y A vueltas con nosotros los del 68*, en *Pasos a la Izquierda* (<http://pasosalaizquierda.com>), 14, 2018, y 16, 2019.

(6) *Dictadura en la Dictadura. Detenidos, deportados y torturados en Andalucía durante el Estado de Excepción de 1969*, ed. Alfonso Martínez Foronda, Sevilla, El Páramo-Archivo Histórico de Comisiones Obreras, 2011.

(7) Juan Luís RUBIO, *Disciplina y rebeldía. Los estudiantes de la Universidad de Sevilla, 1939-1970*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005; Alberto CARRILLO, *Subversivos*

de excepción de 1969, un estudiante madrileño, Enrique Ruano, falleció bajo custodia policial sin que, ante los indicios de tortura y asesinato, la justicia tomara cartas en el asunto⁽⁸⁾. Y así sucesivamente. Era lo propio de una dictadura.

¿Cómo podría alguien formarse en el constitucionalismo bajo aquel régimen nada adicto al género? Lo que la universidad de entonces ofrecía en lugar de derecho constitucional era un llamado derecho político con el objetivo en teoría de hacer viva la estructura institucional de la dictadura que pretendía perdurar tras la desaparición del dictador. Afortunadamente, lo que a nosotros se nos enseñaba en Sevilla bajo dicho rótulo, por parte de los profesores Ignacio Lojendio y Manuel Romero, no se centraba en tal cosa, sino en teoría política y en una teoría política incluso, en el caso en especial del segundo profesor mencionado, de carácter constitucional, mediante recurso a la experiencia de constitucionalismos extranjeros como particularmente el británico. El poco derecho constitucional que habíamos aprendido estaba ahí, esto es, fuera.

Pedro no tenía por supuesto la mínima intención de dedicarse al derecho político de índole oficial de tan oscuro presente y más opaco futuro. Tenía entonces que adoptar esa otra dirección hacia el derecho constitucional de otros países, yendo con ello al terreno del derecho comparado. Tampoco quería extrañarse de España, para lo cual había de orientarse hacia la historia, hacia tiempos en los que la misma hubiera sido constitucional en pie de comparación con otros Estados de semejante condición. Así es como vino a situarse en el campo de la historia constitucional comparada, no, adviértase bien, para ser historiador, sino para hacerse constitucionalista. ¿Y cuál fue la cuestión de entrada en este terreno como tema de su tesis doctoral? El estado de excepción.

3. *Primer movimiento: comenzando por la excepción.*

Pedro doctorando vivía en un estado de excepción, en el Estado de excepción permanente de la dictadura franquista. Dejó de hacerlo un tiempo para comenzar a especializarse y a fin de ponerse a preparar el trabajo de doctorado. A mediados de 1969 inicia la primera de las que serían habituales estancias en centros académicos europeos.

y malditos en la Universidad de Sevilla, 1965-1977, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

⁽⁸⁾ Enrique Ruano. *Memoria viva de la impunidad del franquismo*, ed. Ana Domínguez Rama, Madrid, Universidad Complutense, 2011; Javier PADILLA, *A finales de enero. La historia de amor más trágica de la Transición*, Barcelona, Tusquets, 2019.

Es en la Universidad de Friburgo de Brisgovia donde se decide, casi recién llegado, por el tema de la tesis que ya está dicho, el del estado o, mejor, los estados de excepción o emergencia. La motivación más inmediata es alemana, no española, por razón de que le interesa su problemática estrictamente constitucional, no la más latamente política⁽⁹⁾. Lo que se decide a investigar no es el estado de excepción en el Estado de excepción o la dictadura en la Dictadura, sino su incardinación realmente problemática en el sistema o, mejor, los sistemas constitucionales. Se propuso estudiar la constitucionalización de algo tan inconstitucional de por sí como la suspensión del principal cimiento del constitucionalismo, el de las libertades. Aquí radicaba la dificultad; ahí, una originalidad que sería completa, bien a la vista cuando la tesis se publicara en 1980⁽¹⁰⁾, por relación a un constitucionalismo español en trance de recuperación tras la muerte del dictador, sucedida poco antes de que la tesis se presentara en 1975. Eran años decisivos.

El tema se lo había encontrado sobre la mesa a poco de pisar suelo alemán. Un año antes, a mediados de 1968, se efectuó la decimoséptima reforma constitucional de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dedicada precisamente a la previsión de los estados de excepción, algo ausente de esta Constitución durante cerca de dos décadas. Había sus razones. Por una parte, se tenía y temía la experiencia de la república precedente, la destruida por el nazismo haciendo precisamente un uso a fondo de sus previsiones constitucionales de excepción. Por otra parte, las eventualidades de emer-

(9) *Résumé* citado: en Friburgo de Brisgovia «I started my investigation on the states of emergency in the German Federal Republic and its historical precedents»; de vuelta a Sevilla, en 1971, «I mainly devoted myself to the drafting of my doctoral thesis (with several stages at the library of the German Bundestag in Bonn and the Libraries of the Law Schools in the Universities of Aix-Marseille and the Sorbonne. It was during this time that I reoriented my research work towards Constitutional History». Al día de hoy, verano de 2019, no hay online un buen *curriculum vitae* de Pedro.

(10) Se pudo apreciar ante la cumplida recensión de otro constitucionalista de nuestra misma generación que, con una orientación diversa, también había elegido el tema del estado de excepción para su tesis doctoral: FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La constitucionalización de la defensa extraordinaria del Estado. En torno a la obra de Pedro Cruz Villalón, "El Estado de Sitio y la Constitución"*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 2 (1982), 4, pp. 229-248. La diversidad de orientación radica en la consideración de la excepción, inclusive la de dictadura, como forma, bien que extraordinaria, de normalidad, algo usual en España por entonces entre juristas: F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción en el Derecho constitucional español*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

gencias habían estado cubiertas por la presencia militar, con poderes de excepción, de las potencias aliadas ocupantes de la Alemania occidental tras la derrota del nazismo, con la estadounidense más prolongada. La constitucionalización de la excepción acabaría con este concreto vestigio de la ocupación. Y el caso es que, entre uno y otro factor, el precedente y el coetáneo, tal reforma constitucional no fue nada pacífica. El debate no sólo político, sino también doctrinal, estaba encendido, cuando nuestro aspirante a constitucionalista llega a Alemania⁽¹¹⁾. Ahí se tenía la cuestión bien macerada en un buen laboratorio⁽¹²⁾. ¿Cómo cabe la excepción en la Constitución sin correrse el riesgo de que sea ella misma, la primera, la que se convierta en norma? ¿No puede valerse la segunda por sí misma, por los medios ordinarios que procura en defensa de libertades? La admisión constitucional de la excepción, ¿no desvirtúa el mismo orden constitucional?⁽¹³⁾

Al debate alemán no podía Pedro naturalmente contribuir. Y una tesis doctoral que diera cuenta del caso de las excepciones alemanas entre dos repúblicas con el nazismo nada menos de por medio no aportaría de por sí gran cosa. Estaría más cerca del periodismo narrativo que del constitucionalismo analítico, como ocurre con tantas tesis doctorales de entonces y de ahora. La ambición de Pedro era mayor. Emprendió la indagación de los orígenes de la constitucionalización

(11) *Demokratie vor dem Notstand. Protokoll des Bonner Kongresses gegen die Notstandsgesetze am 30. Mai 1965*, Frankfurt am Main, Neue Kritik, 1965; *Der Staatsnotstand. Vorträge gehalten in Sommersemester 1964*, Berlin, Colloquium, 1965, ed. Ernst Fraenkel; para tiempo previo, Hans BOLDT, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand. Eine Studie über den Belagerungszustand als Ausnahmezustand des bürgerlichen Rechtsstaates im 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker und Humblot, 1967.

(12) Peter BLOMEYER, *Der Notstand in den letzten Jahren von Weimar. Die Bedeutung von Recht, Lehre und Praxis der Notstandsgewalt für den Untergang der Weimarer Republik und die Machtübernahme durch die Nationalsozialisten. Eine Studie zum Verhältnis von Macht und Recht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1999; Matthias LEMKE, *Demokratie und Ausnahmezustand. Wie Regierungen ihre Macht ausweiten*, Frankfurt a.M., Campus, 2017, cap. 4: «Die Notstandgesetzgebung in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg».

(13) Para la reflexión más potente en esta dirección, ensanchando histórica y políticamente la cuestión constitucional: Giorgio AGAMBEN, *Stato di eccezione (Homo Sacer, II. 1)*, Turín, Bollati Boringhieri, 2003, con surtido de traducciones (español, Valencia, Pre-Textos, 2004). En su línea, *State of Exception: Cultural Responses to the Rhetoric of Fear*, eds. Elena Bellina y Paloma Bonifazio, Newcastle, Cambridge Scholars Press, 2006. Con la misma traducción inglesa literal de un sintagma menos usual en su lenguaje jurídico, *state of exception* tiende ya a significar más que la excepción en rigor constitucional.

de la excepción, situándose así con toda resolución en los terrenos de la historia constitucional comparada. Se introdujo especialmente, como supuestos que parecen más paradigmáticos, en los casos de Gran Bretaña y Francia para recalcar en el de España. No los yuxtapone en historias paralelas que puedan conducir a la comparación, sino que los va escrutando y analizando en un orden de desarrollo más problemático y categorial que cronológico y acumulativo. La concepción del trabajo, comenzando por la misma elección del tema, es suya, no de ningún maestro, español o alemán que fuera. Uno puede ser discípulo de sí mismo. El resultado está a la vista. No necesita reseña a estas alturas. En 1980, fue la primera de entre las monografías que, junto a la *Revista Española de Derecho Constitucional* arrancando al año siguiente, marcaron la identidad del flamante Centro de Estudios Constitucionales frente a la apariencia de continuidad respecto al Instituto de Estudios Político de carácter franquista al que sucediera ⁽¹⁴⁾.

Resaltemos algún aspecto que interesará en especial para la prosecución más significativa de la historiografía en la materia que habremos de ver. Pedro no sólo trata la constitucionalización de la excepción, sino también su no-constitucionalización mediante prácticas de procedencia en buena parte preconstitucional que se someten ahora a una cierta regulación, pero no necesariamente a previsión normativa de rango superior. Así tenemos la ficción del estado de sitio o la ley marcial para habilitar una inmediata intervención armada como también el recurso a la exoneración política, habitualmente parlamentaria, con escaso o ningún escrutinio de las acciones de excepción habidas. Esto último, de engañosa apariencia constitucional, va a ser más característico de Gran Bretaña, aunque no deje eventualmente de practicarse en otros casos, como sea el mismo de España ⁽¹⁵⁾. Lo que veremos a la luz de la historiografía comparada posterior es que las prácticas menos o nada constitucionales en tiempo constitucional se vinculan estrechamente al colonialismo, a políticas desarrolladas fuera de la geografía europea, lo que Pedro no toma en consideración.

Esto del colonialismo en relación a la excepción es algo que merecerá consideración propia. No nos anticipemos. De momento re-

⁽¹⁴⁾ P. CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado, 1789-1878*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980. Como tesis doctoral se había presentado a finales de 1975. Hubo secuela más de presente, a la vista de la reciente Constitución: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.

⁽¹⁵⁾ CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio y la Constitución*, cit., 1.1: «El 'orden público' del Antiguo Régimen»; 2: «La ley marcial»; 4.2: «La exoneración parlamentaria»; 4.3-4.4: «La ficción del estado de sitio».

cuerdo que la tesis de Pedro lo que personalmente me produjo fue admiración sincera, orgullo generacional, envidia sana y emulación estimulante. Es una obra que, aun con todo lo que veremos, se mantiene enhiesta si esto no se entiende en el sentido físico. El ejemplar primero que ingresó en la biblioteca de nuestra facultad, la de Derecho y Ciencias del Trabajo, está ajado y en un tris de desencuadrarse de tanto uso, la mejor suerte para un libro. Hoy debería salvarse mediante escaneo y acceso gratuito en internet, mas la editorial, el actual Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, desde que desdibujó su identidad bajo el signo del desdoblamiento de sus calificativos recuperando el de político de tiempos franquistas, no es que ande muy al día en cosas incluso de superior calado. Sus revistas sí las digitaliza para acceso libre. Pero tampoco nos dispersemos.

4. *Segundo movimiento: acudiendo a la normalidad.*

La segunda obra mayor de Pedro también se sitúa en el terreno de la historia constitucional comparada. Vino a continuación a pesar de que, desde finales de 1978, ya teníamos la Constitución pudiéndose adquirir experiencia y crédito en el campo del constitucionalismo de presente. También se debió al impulso de un trámite académico que para Pedro nunca ha sido mero trámite, sino ocasión para seleccionar un buen tema e investigarlo a fondo. La razón por la que permanece en la historia constitucional sin venir todavía al constitucionalismo en vigor tiene que ver ahora con este mismo. El principal rasgo, el más definitorio, que Pedro identifica en la flamante Constitución española es el de la jurisdicción específicamente constitucional conforme a lo que entiende como un modelo europeo. Es por esto por lo que se decide a investigar su formación histórica entre Suiza, Alemania, Austria, Checoslovaquia y España durante la primera mitad del siglo pasado, el XX. Es criatura que también se gesta en Alemania⁽¹⁶⁾.

(16) *Résumé* citado: «During the years 1981, 1982 and 1983 I resumed my investigations in Germany, where I worked for six months in total at the Max Plank Institute for Public Law in Heidelberg [...]. The results of this work is contained in the second part of what was to be my second research on Comparative Constitutional History, the comparative study on the Constitutional Courts of Austria, Czechoslovakia and Spain between 1919 and 1939, that I presented as research work for my chair exam. During the months of January to July 1984, I enjoyed a scholarship of the Alexander Von Humboldt Foundation that enabled me to complete my studies on the origins of the European system of judicial review of legislation, again at the University of Freiburg im Breisgau».

En el *résumé* inédito que vengo citando el propio Pedro nos presenta bien su aportación: «*La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)* for the first time comprehensively presents the emerging and development of the Kelsenian model of judicial review of legislation in the three countries that in the period between the first and second world wars adopted the model: Austria, Czechoslovakia and Spain, flanked by the important developments in Weimar Germany and Switzerland. It remains until now the only comprehensive treatment of the model in the said founding period». Podría enfatizarse más con toda justicia. No sólo es el primer y, hasta hoy, más comprensivo tratamiento de tal fenómeno jurisdiccional en un contexto precisamente poco proclive al control de constitucionalidad del ordenamiento, sino también uno difícilmente superable por su capacidad de abarcar y comparar los diversos casos con conocimiento de causa de primera mano. Ahí se tiene el resultado⁽¹⁷⁾.

Pedro emprende la historia de la jurisdicción constitucional en un ámbito europeo no sólo porque le interese el asunto monográficamente, sino también por entender que ahí se encierra actualmente la clave del valor del constitucionalismo en general y del español recuperado en particular. La Constitución sería hoy normativa por gracia de la jurisdicción constitucional. Lo uno dependería de lo otro. Es idea que viene reiterando desde entonces. Más de una vez ha afirmado que «el ser o no ser de la Jurisdicción constitucional cualifica el ser o no ser de la Constitución» Interpelado, matiza respecto a derechos de libertad, lo esencial: «creo que el Tribunal Constitucional no es el que da la medida de hasta qué punto se entienden los derechos fundamentales. Creo que la participación de voto en las elecciones, la presencia en las candidaturas de personas de uno y otro sexo, la pluralidad del espectro político, así como la sensibilidad de la opinión pública respecto a determinados fenómenos y discriminaciones, nos dan mejor la medida del grado de asentamiento de los derechos fundamentales en una sociedad. Es decir, quizá haya algo de engañoso en un observatorio como éste», el del Tribunal Constitucional. En todo caso, lo que caracteriza su posición preliminar es esa estrecha vinculación entre normatividad constitucional y control jurisdiccional.

(17) P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987. El año anterior se había presentado en la Universidad de Sevilla para firma de concurso a cátedra. Regresa actualmente al tema. Prepara un trabajo todavía más comprensivo sobre *Die Entwicklung des Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa* para el próximo volumen, el séptimo, del *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Max Plank Institute for Public Comparative Law and International Law.

Su misma historia del control de constitucionalidad se centra más en la justiciabilidad de la ley que en el amparo de derechos⁽¹⁸⁾.

En el panorama comparado de la jurisdicción constitucional ofrecido por Pedro el caso español ocupa una posición singular. El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931, la de la II República, se singulariza por una composición más política, mediante representación ciudadana, que técnica, con presencia de juristas que podía resultar fácilmente en minoría. Comparando, Pedro entiende que estamos ante «una confusión» sobre «la naturaleza y a la razón de ser del control de constitucionalidad» por no asumirse «la lógica de la supremacía de la norma constitucional» y con resultados de «politización objetiva», irremediable. La descalificación es total: aquel sería un órgano «preponderadamente político, en completa inconsecuencia con un modelo que se pretende de garantía jurisdiccional de la Constitución». Concluye Pedro: he ahí «quizá el (caso) más heterodoxo» del sistema europeo de control de constitucionalidad. La propia composición de aquel tribunal «no podía ser más caótica». La preocupación ante este precedente español había estado en el origen de su segunda obra mayor de historia constitucional⁽¹⁹⁾.

A este extremo volveremos luego, cuando nos cuestionemos la misma plausibilidad de la historia constitucional comparada. De momento, pongamos de relieve que la cultivada por Pedro guarda, como ya sabemos desde su propio momento de partida, una particular vinculación con el constitucionalismo de presente. Como trabajo posterior a la entrada en vigor de la última Constitución española, con un modelo de jurisdicción constitucional que extrema en cambio su componente técnico, la comparación del Tribunal de Garantías republicano no se está tan sólo realizando con otros casos coetáneos europeos, sino también, y no menos por quedar implícita, con el actual Tribunal Constitucional, a cuyo modelo, desde un inicio, aun con mirada vigilante antes y después de pertenecer al mismo⁽²⁰⁾, Pedro con-

(18) *Entrevista a D. Pedro Cruz Villalón*, en «Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid», 1 (1999), pp. 281-295. No se identifica a quien entrevista. Fueron alumnos que, según el modelo estadounidense, editan la revista.

(19) P. CRUZ VILLALÓN, *Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 2 (1982), 5, pp. 115-148; Id., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, cit., pp. 317, 335 y 379-380.

(20) P. CRUZ VILLALÓN, *Dos años de jurisprudencia constitucional española*, en «Revista de Derecho Político», 17 (1983), pp. 7-42, a partir de lo que habría de incluir buena parte de su producción. Ha sido cronista de jurisprudencia constitucional española del «Annuaire international de justice constitutionnelle».

cedió una confianza tal vez, todo sumado, no enteramente merecida⁽²¹⁾. Mas ya digo que es un asunto al que quiero retornar.

Aquí puede decirse que, hasta el momento, concluye la obra de historia constitucional comparada de Pedro Cruz Villalón. Libros individuales suyos sucesivos testimonian cómo pasa a concentrarse en constitucionalismo de presente, el español y el europeo⁽²²⁾. Su segunda obra mayor ya presagia el paso definitivo al constitucionalismo de presente con su referencia implícita continua a la Constitución española actual, referencia de fondo sin la que la misma obra no se entiende. Entró en la historia constitucional para ir al constitucionalismo y salió de ella por establecerse en éste. Tal y como escribió reseñando un *Manual de Historia Constitucional de España*, «Se hace la historia constitucional de España desde la Constitución presente. Como debe ser»⁽²³⁾.

De haberse mantenido en los terrenos de la historiografía, Pedro podría haber cerrado una bella trilogía con una historia comparada del amparo de derechos fundamentales, elemento de fondo en común para la problemática del estado de excepción y del control de constitucionalidad⁽²⁴⁾. Podría así haber elaborado el matiz que hemos dicho a su cerrada conexión entre normatividad de la Constitución y jurisdicción constitucional⁽²⁵⁾. En todo caso, Pedro no ha perdido de vista

(21) *Fraude o esperanza. 40 años de la Constitución*, eds. Rafael Escudero Alday y Sebastián Martín, Madrid, Akal, 2018; B. CLAVERO, *Constitución a la deriva. Imprudencia de justicia y otros desafueros*, Barcelona, Pasado y Presente, 2019. Para comparación de contraste tanto en procedimientos como en resoluciones, C. RODRÍGUEZ GARAVITO, Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

(22) P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999 y, reimpresión, 2006; ID., *La Constitución inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004. No se ha adentrado a fondo en cambio ni en el incipiente constitucionalismo transnacional que se pretende global ni en la comparación constitucional más allá de las fronteras de la Unión Europea con Brexit.

(23) P. CRUZ VILLALÓN, *Manual de Historia Constitucional de España*, de Bartolomé Clavero, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 10 (1990), 30, pp. 233-234, colofón.

(24) P. CRUZ VILLALÓN, *Normalidad y excepción*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 24 (2004), 71, pp. 187-200, destinado a 'Für Sicherheit, für Europa'. *Festschrift für Volkmar Götz zum 70. Geburtstag*, Gotinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 2005, pp. 377-390.

(25) P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 9 (1989), pp. 35-62, podría haber sido el germen para el volumen de cierre de la trilogía de extenderse no sólo en la ga-

el trasfondo histórico en el desarrollo de su obra constitucionalista. Por toda ella cabe encontrar sugerencias incisivas para la historia constitucional. Sus restantes excursiones directas en tiempo pasado son en cambio, hoy por hoy, esporádicas y menores⁽²⁶⁾.

5. *Clave de bóveda: la excepción colonial.*

Pedro sitúa el surgimiento de la problemática estrictamente constitucional de la excepción en la Gran Bretaña del siglo XVIII, allí donde, aunque no existiera todo un sistema que pudiera calificarse como tal, como constitucional, existía ciertamente una noción de derechos de libertad y una práctica de garantías de justicia que podían cuestionar políticas y acciones de emergencia. Ahí se comienzan a regularizar recursos como el de la ley marcial preventiva o el de la exoneración parlamentaria postrera para neutralizar la competencia judicial sobre las resultas lesivas de derechos de cualquier género por efecto de dichas políticas y acciones. Cuando ha venido a considerarse más específicamente el caso, lo primero que ha acabado saltando a la vista es que la cuestión donde básicamente se plantea es en el escenario imperial. Históricamente, la excepción y su tratamiento son ante todo y sobre todo coloniales⁽²⁷⁾. Dejémoslo así. No voy a

rantía institucional, sino también en la práctica ciudadana de los derechos, reconocidos o por reconocer en cuanto tales, fundamentales.

⁽²⁶⁾ Además de *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, cit., *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica. Un estudio comparado*, ed. Id., Sevilla, Consejería de Cultura y Medioambiente, 1994; Id., *La Constitución de 1808 en perspectiva comparada*, en «Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerioll», 58-59 (2007), pp. 83-93 (una pequeña joya en todo caso, acerca del constitucionalismo bonapartista como primer modelo europeo nada homogéneo, sobre lo que regresaré).

⁽²⁷⁾ Nasser HUSSAIN, *The Jurisprudence of Emergency: Colonialism and The Rule of Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2003, considerando el caso británico en relación a la India y vecindades; Rande W. KOSTAL, *A Jurisprudence of Power: Victorian Empire and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Mitra SHARAFI, *Parsi Legal Culture, Constitutionalism, and the Rule of Law*, a publicarse en los estudios conmemorativos del centenario del K.R. Cama Oriental Institute, anticipado online en *ssrn.com*. Para los antecedentes, John M. COLLINS, *Martial Law and English Laws, c. 1500-c. 1700*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2016. A.V. DICEY, en su influyentísima *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), sentó que la *martial law* no tiene cabida en la *rule of law* de la *English Constitution* para regular en las reediciones particularmente respecto al Imperio: Dylan LINO, *The Rule of Law and the Rule of Empire: A.V. Dicey in Imperial Context*, en «Modern Law Review», 81 (2018), 5, pp. 739-764.

ocuparme del factor de colonialidad interna en las mismas Islas Británicas, como tampoco del fenómeno más general de las prácticas de excepción, de raíces igualmente preconstitucionales, de cara al mundo rural propio⁽²⁸⁾.

No se trató de expedientes que operasen tan sólo durante unos primeros tiempos de expansión colonial de potencias que ya se pretendían constitucionales, esto es, reconocedoras y garantistas de derechos de libertad frente a sus propios poderes. En el caso paradigmático, pero ciertamente significativo, de Gran Bretaña, entre, pongamos, la India en el siglo XVIII y Kenia en el siglo XX, se fue a más, tanto que, respecto a la segunda referencia, la kenyata, la política imperial bordeó el genocidio del pueblo kikuyu. Hasta recientemente la justicia inglesa no ha admitido reclamaciones de quienes sobrevivieron tras sufrir, por ejemplo, mutilaciones genitales que se aplicaron de forma bastante sistemática a resistentes anticoloniales. Eso sí que es excepción y esto sí que es exoneración⁽²⁹⁾. Y con casos como el de Kenia ya estamos en tiempos de derechos humanos, pero hasta estos derechos pueden suspenderse, sobre todo en las colonias⁽³⁰⁾. El caso

⁽²⁸⁾ Para el propio caso latamente británico, donde, sobre todo en el escenario irlandés, confluyen con fuerza ambos factores, Michel HECHTER, *Internal Colonialism: The Celtic Fringe in British National Development*, ed. ampliada con debate historiográfico, New Brunswick, Transaction, 1999; Mark NETZLOFF, *England's Internal Colonies: Class, Capital, and the Literature of English Early Modern English Colonialism*, Londres, Palgrave Macmillan, 2004. Como irlandés, de la excepción en Irlanda del Norte es de donde parte John REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 2017, no dejando luego de abordar el caso (pp. 178-184).

⁽²⁹⁾ HUSSAIN, *The Jurisprudence of Emergency*, cit., cap. 2: «The Colonial Concept of Law», y cap. 4: «Martial Law and Massacre: Violence and the Limit»; REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, cit., cap. 3: «Emergency Doctrine: A Colonial Account», y cap. 5: «Kenya: A Purely Political State of Emergency». Éste lleva *foreword* de Antony ANGHIE, p. X: «What began as 'colonial emergency' has gone global» y, puede añadirse, previamente metropolitano. Monográficamente, David ANDERSON, *The Histories of the Hanged: Britain's Dirty War in Kenya and the End of Empire*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 2005; Caroline ELKINS, *Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*, Nueva York, Henry Holt and Co., 2005.

⁽³⁰⁾ Anna-Lena SVENSSON-McCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998; A.W. BRIAN SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2001, cap. 17: «Emergencies and Derogations»; Balakrishnan RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press,

de Kenia también es significativo de hasta qué punto Naciones Unidas respaldaba durante sus primeros años incluso el colonialismo más brutal⁽³¹⁾.

Ante la evidencia o, si todavía tan sólo, los indicios, el primer problema hoy tanto para la justicia como para la historiografía es el de las fuentes. Es algo sustancial que el constitucionalismo u otras especialidades jurídicas que se introducen en la historia no suelen plantearse. Que se haya indagado, Gran Bretaña también ha practicado la destrucción y ocultación sistemática de la documentación de tiempos coloniales para eludir responsabilidades ante las incertidumbres de la descolonización. Con esto, solo con esto, resulta mucho más accesible el estudio de la excepción metropolitana que el de la colonial⁽³²⁾. Suele ser más visible lo menos grave desde que los archivos están en manos de los mismos responsables o, no raramente también, de cómplices poscoloniales⁽³³⁾. No son, por lo demás, el colonial y el

2003, pp. 174-189; CLAVERO, *Constitución a la deriva*, cit., cap. 4; REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, cit., cap. 4: «Emergency Derogations and the International Human Rights Project». Sobre la suspensión de derechos del sistema europeo en Francia, Alemania y Gran Bretaña, Marlies VANHOOREN, *Suspending Human Rights: An Investigation into the Legal Possibilities and Practice*, Ghent, Universiteit Gent, 2018, tesis de máster online.

⁽³¹⁾ REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, cit., pp. 157-159, respecto a la promoción por la Organización Mundial de la Salud de la obra del siquiátra sudafricano profundamente racista John C. CAROTHERS, *The African Mind in Health and Disease*, Ginebra, World Health Organization, 1953; respondiendo a encargo oficial británico, Id., *The Psychology of Mau Mau*, Nairobi, Government Printer, 1954. Y también se pasó a la acción directa con políticas igualmente rayanas con el genocidio, como las de Fondo de Población de Naciones Unidas practicando la esterilización femenina sin consentimiento por latitudes coloniales. No son detalles que gusten luego resaltarse: John F. MAY, *World Population Policies: Their Origin, Evolution, and Impact*, Dordrecht, Springer, 2012. Para hablar de genocidio, ha de tenerse en cuenta que en el tipo de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio se comprenden las «medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo (nacional, étnico, racial o religioso)»: B. CLAVERO, *Delito de genocidio y pueblos indígenas en el derecho internacional*, en *Los Aché de Paraguay. Discusión de un Genocidio*, eds. Alejandro Parellada y Lourdes Beldi, Copenhagen, International Work Group for Indigenous Issues, 2008, pp. 23-42.

⁽³²⁾ Para la mejor reflexión comparada a mi juicio dentro de las coordinadas metropolitanas, S. MARTÍN, *Legislación autoritaria, estados de sitio, enemigos políticos y construcción del Estado liberal*, en «Quaderni fiorentini», 39 (2010), pp. 827-898.

⁽³³⁾ Ian COBAIN, *The History Thieves: Secrets, Lies and the Shaping of a Modern Nation*, Londres, Portobello, 2016. Hace falta tenacidad y suerte para recuperar o depurar fuentes hechas deliberadamente desaparecer o falsear: Christopher R. BROW-

metropolitano, espacios estancos, sino jurídicamente conectados incluso en casos a efectos constitucionales hasta hoy⁽³⁴⁾. Aquí no me refiero a las excepciones realmente incidentales provocadas por desastres naturales, aunque a veces estos desastres no lo sean tanto, sino, en parte o incluso en todo, política o económicamente inducidos⁽³⁵⁾.

Comparativamente con otros colonialismos, la forma, no el fondo, varía. El caso británico no es exclusivo en absoluto. Igual ocurre, de una o de otra manera, con notables variantes desde luego, en todos los casos de Estado-Imperio, llámese Francia o dígame España. No cabe entender la excepción metropolitana sin la excepción colonial. Se dice que mal se analiza la revolución francesa sin la revolución haitiana. Lo mismo ha de decirse de la contrarrevolución en todos los alcances y sentidos, lo que incluye la regularización de la excepción para la metrópolis y para las colonias, aquí donde más propiamente la misma se institucionalizara. ¿Y qué decir de España y sus prácticas de excepción constitucional durante tiempos constitucionales? ¿Cómo entenderlas sin ocuparnos de Cuba, de Marruecos o de Bioko, de allí donde, como colonias aun de muy diverso tipo, la excepción es la regla pudiendo ofrecer guía para la misma metrópolis? Nada de esto produce desde luego el sobreesimiento del *El estado de*

NING, Jürgen MATTHÄUS, *The Origins of the Final Solution: The Evolution of Nazi Jewish Policy, September 1939-March 1942*, Lincoln-Jerusalén, University of Nebraska Press-Yad Vashem, 2004; Taner AKÇAM, *Killing Orders: Talat Pasha's Telegrams and the Armenian Genocide*, Londres, Palgrave Macmillan, 2018. Sobre ocultación de fuentes por Naciones Unidas, Dan PLESCH, *Human Rights after Hitler: The Lost History of Prosecuting Axis War Crimes*, Washington, Georgetown University Press, 2017.

⁽³⁴⁾ Ranabir SAMADDAR, *Colonial Constitutionalism*, en «Identity, Culture and Politics», 7 (2002), 1, pp. 1-35, y en su libro *The Materiality of Politics*, vol. I, *The Technologies of Rule*, Londres, Anthem, 2007, cap. 1; Elisabeth KOLSKY, *Colonial Justice in British India: White Violence and the Rule of Law*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2010; James HEVIA, *The Imperial Security State: British Colonial Knowledge and Empire-Building in Asia*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2012; Hakeem O. YUSUF, Tanzil CHOWDHURY, *The persistence of colonial constitutionalism in British Overseas Territories*, en «Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law», 8 (2019), 1, pp. 157-190. Para otro mecanismo ordinario de cobertura de la excepción en el constitucionalismo de la Commonwealth, el mismo YUSUF, *Colonial and Post-Colonial Constitutionalism in the Commonwealth: Peace, Order and Good Government*, Londres, Routledge, 2014.

⁽³⁵⁾ MARTÍN, *Legislación autoritaria, estados de sitio, enemigos políticos y construcción del Estado liberal*, cit., con *La Peste* de Albert Camus (1947) como cancha de despegue; *Climate Change and Genocide: Environmental Violence in the 21st Century*, ed. Jürgen Zimmerer, Abingdon, Routledge, 2015.

sitio de Pedro. Sólo marca sus límites, unos límites propios de toda una historiografía constitucional y jurídica de un lampante ensimismamiento eurocéntrico en su sentido esto cultural, no necesariamente geográfico, como suele acusarse, concédase que con alguna razón⁽³⁶⁾.

Entre las coordenadas coloniales tenemos algo más que la sujeción de pueblos en estado permanente de emergencia durante tiempos constitucionales en mayor medida incluso que en los previos, particularmente si no perdemos de vista la interiorización del colonialismo por los Estados de las Américas. Tenemos también la esclavitud como excepción igualmente mayor dentro del constitucionalismo no tanto por inercia histórica como por la forma como el mismo entroniza de entrada la propiedad privada a costa de la libertad humana. Si la historiografía constitucional, comparada o no, se encierra en las fronteras culturales de Europa y Euroamérica o de otras diásporas europeas, no hay modo de que perciba las coordenadas coloniales del constitucionalismo propio. Dicho de otra forma, si sólo se trata de historia constitucional de Estados ignorando que estamos ante Imperios con la correspondiente problemática más dilatada y compleja del constitucionalismo, no hay modo de centrarnos. El centro está en las periferias⁽³⁷⁾.

Sólo por el hecho de enclaustrarse en el presunto centro, comparándolo en su caso consigo mismo, el constitucionalismo y su historiografía resultan coloniales, reproductores de mentalidad tal y encubridores de relaciones tales. La excepción en consecuencia se minimiza. Con sólo abrirse perspectivas de las metrópolis a las colonias, del Estado al Imperio, el mismo asunto de la excepción cobra otra dimensión, una menos excepcional. No se agota en episodios pasajeros. No debe distinguírsele no sólo del tratamiento ordinario de la humanidad colonizada, sino tampoco de la recurrencia de dictaduras en las metrópolis. Vistas desde las colonias, se pone de relieve la conexión e incluso derivación de unas prácticas respecto a otras, las de casa en relación a las de afuera. A las dictaduras metropolitanas debería tam-

⁽³⁶⁾ B. CLAVERO, *Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2016, cap. 6: «Bioko 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, derecho internacional del trabajo mediante»; ID., *Europa y su diáspora. Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017.

⁽³⁷⁾ CLAVERO, *Europa y su diáspora*, cit., cap. 1: «¿Naciones imperiales o Imperios sin fronteras?»; cap. 2: «¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud?»; ID., *Esclavitud y codificación en Brasil, 1888-2017. Por una historia descolonizada del derecho latinoamericano*, en «Revista de Historia del Derecho», 55 (2018), pp. 27-89.

bién extenderse la categoría estrictamente constitucional del estado de excepción.

La misma dictadura franquista, toda ella, comprendidas sus excepciones en la excepción, es caso que habríamos de tomar en consideración, con su fondo colonial, para el mismo estudio desde perspectiva constitucional de un excepcionalismo que no cabe reducir a paréntesis cerrado entre periodos constitucionales pues puede también gestarse y enquistarse en ellos⁽³⁸⁾. Es ahora cuando lo veo. No lo veía en absoluto *in illo tempore* cuando Pedro se dedicaba a la historia. Habiendo presenciado el fenecimiento de una dictadura en toda regla, era fácil ceder al prejuicio de su contraposición neta con el sistema constitucional. La problemática de la excepción en el constitucionalismo tanto previo como posterior a la dictadura franquista habría de tomarse en consideración para su entendimiento y análisis en dichos mismos periodos constitucionales, sobre todo en el ulterior, el actual⁽³⁹⁾. Con todo, la excepción es más normal de lo que se presume.

Se interiorizó en el ordenamiento de las colonias y puede también interiorizarse en el de las metrópolis. De hecho así ha sido, sobre todo en unos últimos tiempos de conflictos planteados en términos de terrorismo donde las coordenadas coloniales siguen pesando, factor éste que suele faltar en las consideraciones metropolitanas⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ S. MARTÍN, *Génesis y estructura del 'nuevo' Estado*, en *Derecho, memoria histórica y dictadura*, eds. Federico Fernández Crehuet y Daniel García López, Granada, Comares, 2009, pp. 79-135; Paul PRESTON, *El Holocausto español. Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Barcelona, Debate, 2011; Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, *En nombre de la autoridad. La defensa del orden público durante la Segunda República Española, 1931-1936*, Granada, Comares, 2014; Miguel Ángel GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, y, por lo que aquí interesa, la recensión de MARTÍN en «Quaderni fiorentini», 44 (2015), pp. 1019-1033; Sebastián BALFOUR, *Abrazo mortal. De la guerra colonial a la Guerra Civil en España y Marruecos, 1909-1939*, ed. ampliada, Barcelona, Península, 2018.

⁽³⁹⁾ B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989, con las dictaduras del siglo XX como paréntesis en cambio. La línea más abarcadora, por incluirlas en posición primaria, la ha marcado G. AGAMBEN con su serie *Homo Sacer*, cit., cuya primera parte del segundo volumen es *Stato di eccezione*. Que la concepción se haya reforzado en Italia no es indiferente a su propia historia inmediata: Robert LUMLEY, *States of Emergency: Cultures of Revolt in Italy from 1968 to 1978*, Londres, Verso, 1990; Franco FERRARESI, *Threats to Democracy: The Radical Right in Italy after the War*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

⁽⁴⁰⁾ Hasta a Agamben se le han podido justamente achacar «blind spots with regard to colonial history and questions of race and racialisation», lo que dificultaría

Con toda esta historia, actualmente, entre colonialismo solapado y constitucionalismo acomodaticio, la excepción se encuentra tan interiorizada en los propios sistemas jurídicos que sus dispositivos tradicionales, como la ley marcial preventiva, la exoneración postrera o la misma declaración de un tal estado, el de excepción, parecen obsoletos. Las mismas previsiones constitucionales al respecto no son las que hoy suelen regir las políticas de excepción. Incluso la dictadura va haciéndose innecesaria para posiciones anticonstitucionales cuando encuentran tantas posibilidades abiertas bajo cobertura de constitucionalidad por la interiorización institucional de la excepción⁽⁴¹⁾. Al final, *El estado de sitio* de Pedro puede que ya no sea sólo un estudio histórico, sino también un testimonio histórico, historia él mismo. Con este valor redoblado, sería un buen destino para un libro académico si las razones de su obsolescencia fueran otras.

6. *Repaso de literatura: jurisdicciones poscoloniales.*

Permitidme ponderar registros de literatura constitucional expresamente comparativística. Comencemos por Günter Frankenberg, constitucionalista a la par que profesor de derecho comparado. Ha estudiado precisamente el derecho de excepción, pero desde la perspectiva del desenvolvimiento de su normalización hasta el punto de difuminarse en el seno del ordenamiento ordinario, convirtiéndose definitivamente en regla la excepción misma⁽⁴²⁾, algo nada desconocido en nuestro caso, el de España. Sus textos de derecho comparado no

la misma percepción de la normalidad de la excepción en toda su extensión: REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, cit., pp. 36-42 y 57. Con la contraposición, Mark RIFKIN, *Indigenizing Agamben: Rethinking sovereignty in light of the 'peculiar' status of natives people*, en «Cultural Critique», 73 (2009), pp. 88-124; *Agamben and Colonialism*, eds. Marcelo Svirsky y Simone Bignall, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2012.

⁽⁴¹⁾ Günter FRANKENBERG, *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law: Normalizing the State of Exception* Cheltenham, Edward Elgar, 2014; REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, cit., cap. 2: «Racialisation and States of Emergency»; Steven LEVITSKY, Daniel ZIBLATT, *How Democracies Die*, Nueva York, Broadway, 2018 (trad. Barcelona, Ariel, 2018); *The Rule of Crisis: Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law*, eds. Pierre Auriel, Olivier Beaud y Carl Wellman, Cham, Springer, 2018.

⁽⁴²⁾ G. FRANKENBERG, *Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, Berlín, Suhrkamp, 2010; versión ampliada, *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law*, cit. Y habría de ampliarse la vertiente de la internacionalización de la excepción desde tiempos coloniales y no sólo últimamente: REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, cit., parte III: «The Colonial Present».

son manuales al uso, que hoy proliferan («no more Cinderella Complex»), sino intervenciones a contracorriente de esa misma expansión académica. En lo que interesa al abordaje de la comparación, he aquí su advertencia preliminar contra el canon establecido de casos constitucionales a considerar y comparar: «Haiti 1805 (Constitution) is a cenotaph to remind constitutional lawyers, comparative or not, that they have to look very closely at Western colonial history and neo-colonial theories and practices, as well as the dominant apologetic style»⁽⁴³⁾. No hay que ignorar la corriente predominante, pero para la comparación constitucional conviene colacionar ante todo lo colonial y lo poscolonial, la otra cara del constitucionalismo y los constitucionalismos otros. La excepción es normalidad de raíz, en todo caso, colonial⁽⁴⁴⁾. Ya he recordado que también puede haber en Europa colonialismo interno, por así decirle inapropiadamente⁽⁴⁵⁾. Precisamente por tomar en cuenta la excepción colonial, hay quien pone en duda que sea tan novedosa la conversión hoy en curso de la excepcionalidad en normalidad⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ G. FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, p. IX.

⁽⁴⁴⁾ Para caso concreto no menos significativo por extremo, yendo al nazismo metropolitano desde la excepción colonial propia y ajena, Isabel V. HULL, *Absolute Destruction. Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, Ithaca, Cornell University Press, 2005; George STEINMETZ, *The Devil's Handwriting: Precoloniality and the German Colonial State in Qingdao, Samoa, and Southwest Africa*, Chicago, University of Chicago Press, 2007, cap. 3. «From Native Policy to Genocide to Eugenics: German Southwest Africa»; *German Colonialism: Race, the Holocaust, and Postwar Germany* eds. Volker Langbehn y Mohammad Salama, Nueva York, Columbia University Press, 2011; Caroll P. KAKEL III, *The Holocaust as Colonial Genocide: Hitler's 'Indian Wars' in the 'Wild East'*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013; Edward B. WESTERMANN, *Hitler's Ostkrieg and the Indian Wars: Comparing Genocide and Conquest*, Norman, University of Oklahoma Press, 2016.

⁽⁴⁵⁾ Patrick WOLFE, *Traces of History: Elementary Structures of Race*, Londres, Verso, 2016, e-book, psn. 2352: «The concept of internal colonialism is a pious oxymoron. If the concept is applied to Indigenous people, the element of internality undoes their sovereign externality, assimilating them to settler society by analytical fiat. Applied to the descendants of the enslaved, the colonial element distances White society from its responsibility for their incorporation, recapitulating segregation».

⁽⁴⁶⁾ Precisamente REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, cit., pp. 2-11. Para resaltar que el modo mejor de verlo es desde la experiencia de la humanidad colonizada, Reynolds glosa la conocida primera frase de la tesis octava sobre el concepto de historia de Walter Benjamin que no miraba primariamente al colonialismo, sino al nazismo: «Die Tradition der Unterdrückten belehrt uns darüber, dass der Ausnahmezustand, in dem wir leben, die Regel ist». Con esta cita arranca MAR-

¿Conocéis a Ran Hirschl? Es un académico hoy canadiense, de formación israelí, que se cosechó un buen crédito en 2004 por una obra precisamente sobre jurisdicción constitucional comparada en una línea de desconfianza, cuestionando la concentración de poder prácticamente normativo, por encima de la institución parlamentaria, en instancias no representativas, evolucionándose así hacia un régimen que tilda de *Juristocracy* ⁽⁴⁷⁾. Ahora nos interesa más el radio de la comparación que la cuestión vejada de las funciones y restricciones de las jurisdicciones constitucionales. Hirschl compara los casos de Canadá, Nueva Zelanda, Israel y Sudáfrica, todos ellos en plenas fronteras de la Europa cultural y la Europa colonial, del espacio incluido y del espacio excluido por la historia constitucional comparada más convencional. Con la ampliación del panorama de la comparación, Hirschl ha producido un giro del idealismo constitucionalista al realismo político ⁽⁴⁸⁾. Suya es alguna otra obra de historia constitucional comparada con la ubicación fronteriza entre culturas colonializantes y culturas colonializadas en momento poscolonial ⁽⁴⁹⁾. Por fronteras culturales, no conviene distinguir netamente entre colonialismo y poscolonialismo. Lo que se toma por tiempo o por espacio poscolonial puede resultar todavía colonial ⁽⁵⁰⁾.

Por su parte, ha venido Hirschl ulteriormente, en 2014, a una reflexión de conjunto. Se ocupa de la superación, por parte del derecho comparado, del *Cinderella Complex* que nos ha dicho Frankenberg.

TÍN, *Legislación autoritaria, estados de sitio, enemigos políticos y construcción del Estado liberal*, cit.

⁽⁴⁷⁾ Ran HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

⁽⁴⁸⁾ R. HIRSCHL, *The Strategic Foundations of Constitutions*, en *Social and Political Foundations of Constitutions*, eds. Denis J. Galligan y Mila Versteeg, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, pp. 157-171; ID., *The origins of the new constitutionalism: lessons from the 'old' constitutionalism*, en *New Constitutionalism and World Order*, eds. Stephen Gill y A. Claire Cutler, Nueva York, Cambridge University Press, 2014, pp. 95-107.

⁽⁴⁹⁾ R. HIRSCHL, *Constitutional Theocracy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2010.

⁽⁵⁰⁾ Para caso no menos significativo por, como todos, peculiar, Joseph MASSAD, *The Post-Colonial Colony: Time, Space, and Bodies in Palestine/Israel*, en *The Pre-occupation of Postcolonial Studies*, eds. Fawzia Afzal-Khan y Kalpana Seshadri-Crooks, Durham, Duke University Press, 2000, pp. 311-346; David LLOYD, *Settler Colonialism and the State of Exception: The Example of Palestine/Israel*, en «Settler Colonial Studies», 2 (2012), 1, pp. 59-80; REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, cit., cap. 7: «Palestine»; Ronin LENTIN, *Traces of Racial Exception: Racializing Israeli Settler Colonialism*, Londres, Bloomsbury Academic, 2018.

Utiliza un título de doble sentido bien intencionado: *Comparative Matters*, asuntos comparados o lo comparado importa. Explica cómo, en cuanto interesa al derecho, la historia es necesaria para la comparación, propugnando lo que entiende como un nuevo modo de realizarla. Del viejo dice que sufre del síndrome de la *Word Series*, de la liga yanqui de béisbol que se llama mundial cuando en realidad participan diecinueve equipos estadounidenses y uno canadiense con fichaje de algunos jugadores centroamericanos. Y con esto son *World Series*, como la vieja comparación jurídica que se pretende serie mundial con casos tan sólo de cultura europea, de Europa o de su diáspora, atrayendo, si acaso, algunos otros «periféricos», lo mismo que la liga de baseball coopta a jugadores caribeños, y así desubicando y deformando los mismos casos beneficiados por la extensión. Frente a esta práctica, la que, cuando más se extiende, compara Israel con Gran Bretaña o Sudáfrica con Canadá siguiendo la misma tendencia poscolonial de las respectivas jurisdicciones supremas, considera Hirschl que mejor se entenderían las cosas de compararse el primero, Israel, con Egipto, con la India o incluso con Pakistán, y la segunda, Sudáfrica, con otros casos igualmente africanos, como el de Botswana⁽⁵¹⁾. ¡Qué comparativismo tan distinto al que se acostumbra tendríamos!

¿Sabéis de Tom Ginsburg? Es profesor de derecho internacional que también estudia comparativamente jurisdicciones constitucionales o similares, ocupándose de casos asiáticos. Compara Taiwan, Mongolia y Corea del Sur, que tienen en común estar evolucionando hacia una progresiva «democratización». Llega Ginsburg a conclusiones complementarias de las de la *Juristocracy* de Hirschl: el empoderamiento de la jurisdicción frente a la política se produce especialmente en momentos de transición hacia una mayor participación ciudadana, lo que en tales casos ocurre entre los años ochenta y noventa del siglo pasado⁽⁵²⁾, por favor y para garantía en concreto de los derechos adquiridos en tiempos menos o nada constitucionales. Manifiesta el mismo Ginsburg que no viene a impugnar la narrativa que vincula empoderamiento jurisdiccional con garantía de derechos sin más⁽⁵³⁾,

⁽⁵¹⁾ R. HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁽⁵²⁾ Colocándose más casos, *Asian Constitutionalism in Transition: A Comparative Perspective*, eds. Tania Groppi, Valeria Piergigli y Angello Rinella, Milán, Giuffrè, 2008.

⁽⁵³⁾ Aunque incluso esto se está seriamente cuestionando: Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008. Se hace desde una perspectiva que considera a estos derechos, los sociales, del mismo rango que los civi-

sino a complementarla con ese determinado y relevante plus. El cuento podría desde luego aplicarse a casos más cercanos para nosotros, como Portugal o como la propia España⁽⁵⁴⁾.

Posteriormente, en 2013, Ginsburg publica, en colaboración, un denso artículo con el interrogante como título: *Why do countries adopt constitutional review?* Es trabajo en plan *big data*, sobre un banco de datos de 204 países cubriendo más de un par de siglos, de 1781 a 2011, que le permite generalizar conclusiones. La adopción del escrutinio constitucional en manos de instancias jurisdiccionales superiores resulta que ante todo depende de factores políticos específicos de cada caso, no en cambio, como suele presumirse, de aspiraciones de garantías de derechos; de requerimientos compositivos de la estructura federal o similar del Estado o, últimamente, de la propagación de influencias o presiones de agencias internacionales⁽⁵⁵⁾. Adviértase lo que tenemos entonces metodológica y sustantivamente.

Tras haberse intentado una perspectiva poco menos que mundial, lo que se nos viene a decir es que retornemos a la historia específica de cada caso antes de ponernos a comparar⁽⁵⁶⁾. Y que no atendamos

les y políticos residenciando además la confianza constitucional en la misma ciudadanía: ID., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999. Para los fundamentos de la posición en los Estados Unidos, Erwin CHEMERINSKY, *The Case Against the Supreme Court*, Nueva York, Penguin, 2014. Sobre la narrativa de derechos que tergiversa habitualmente esta historia, Jeanne THEOHARIS, *A More Beautiful and Terrible History: The Uses and Abuses of Civil Rights History*, Boston, Beacon, 2018.

⁽⁵⁴⁾ Tom GINSBURG, *Judicial Reviews in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2003; ID., Chimid ENHBAATAR, *Avoiding Rights: The Constitutional Tsets of Mongolia*, en *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective*, eds. Albert H.Y. Chen y Andrew Harding, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2018, pp. 168-183. Para España y Portugal, con muestra de confianza final en las respectivas jurisdicciones constitucionales, Pedro C. MAGALHÃES, *The Limits of Judicialization: Legislative Politics and Constitutional Review in the Iberian Democracies*, Columbus, Ohio State University, 2003, disertación doctoral online.

⁽⁵⁵⁾ T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *Why do countries adopt constitutional review?*, en «Journal of Law, Economics and Organisation», 30 (2014), 3, pp. 587-622. Interesa naturalmente menos a nuestros efectos actuales la comparación histórica situada en perspectiva europea aun cuando se permita también alguna mirada hacia el exterior; así, el proyecto *Justiciability of Power* cuyas últimas aportaciones se ofrecen en «Giornale di Storia Costituzionale», 37 (2019), 1.

⁽⁵⁶⁾ Similarmente, aunque el problema siga residiendo en la selección discutible de casos, partiendo de una acerva crítica de los intentos cuantitativistas y situándose en una dimensión política constituyente más que en la jurisdiccional constituida, el

sólo a fórmulas constitucionales, sino también, primordial y diferenciadamente, a cada contexto constitucional. Dígase lo propio, todo ello, de las jurisdicciones transnacionales equivalentes a su nivel a las constitucionales de Estados. A su respecto también podríamos encontrarnos con la sorpresa de que su creación se debiera a motivaciones más políticas que garantistas⁽⁵⁷⁾. Lo más inquietante sería entonces que tal despliegue global de jurisdiccionalismo, con la difusión de jurisdicciones constitucionales comprendida, fuese en última instancia un mecanismo de salvamento y reproducción de intereses procedentes de tiempos coloniales. Añadamos algo. La atención a la persistencia del colonialismo ha bastado para cuestionar la presunción sobre la bondad intrínseca de la revisión judicial incluso para metrópolis⁽⁵⁸⁾. ¿Estoy yendo demasiado lejos? Las evidencias están ahí. Templemos en todo caso con metodología ya que somos académicos⁽⁵⁹⁾.

proyecto de historia constitucional comparada de Bruce ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge, Mass., 2019. Ya hay crítica madrugadora: Stephen GARDBAUM, *Uncharismatic Revolutionary Constitutionalism*, anticipado en *ssrn.com*. La aparición del libro de Ackerman había venido precedida en 2018 por su seminario en la Universidad de Yale sobre *Revolutionary Constitutionalism* convocado por el mismo Ackerman junto a Richard Albert. A su vez, publicaron a continuación este segundo, R. ALBERT, Menaka GURUSWAMY y Nishchal BASNYAT, *Founding Moments in Constitutionalism*, Londres, Bloomsbury, 2019. Todavía antes, había publicado el propio S. GARDBAUM, *Revolutionary Constitutionalism*, en «International Journal of Constitutional Law», 15 (2017), 1, pp. 173-200. Es otra veta reciente de historia constitucional comparada en la que también se debate el surgimiento y la función de la jurisdicción constitucional; de nuevo S. GARDBAUM, *What Makes for More or Less Powerful Constitutional Courts?*, en «Duke Journal of Comparative and International Law», 29 (2018), 1, pp. 1-40.

⁽⁵⁷⁾ Marco DURANTI, *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.

⁽⁵⁸⁾ Muy gráfica al respecto en relación a los Estados Unidos, contrastando la experiencia indígena con la afroamericana, Maggie BLACKHAWK, *Federal Indian Law as Paradigm within Public Law*, en «Harvard Law Review», 132 (2019), 7, pp. 1787-1877. CHEMERINSKYCHEMERINSKY, *The Case Against the Supreme Court*, cit., no concede en cambio relieve al factor constitucional interno.

⁽⁵⁹⁾ Sobre la templanza académica me reconvino fraternalmente Pedro en las sesiones de su homenaje con una llamada a la responsabilidad. En el calor del coloquio, que se tiene online como está dicho, afirmé que Europa se funda en el Holocausto. No existiría la identidad actual de Europa, mayor o menor que sea, sin la práctica eliminación del pueblo judío del solar europeo por obra del nazismo. Pedro me reprochó el desahogo de ideas tan gruesas. La historia, empero, es la historia, lo que, por otra parte, no tiene por qué determinar el presente si la asumimos a concien-

El proyecto metodológico comparativo por supuesto que se mantiene, ya bien advertidos de la obsolescencia de las *Word Series*: «The new revitalized field of constitutional comparative law has tended to let North America and Europe dictate the agenda. [...] But Asia has also been home to vibrant constitutional discourses for 150 years, as indigenous elites sought to fuse Western institutional forms with the grand East Asia legal and political traditions». Las advertencias con todo adquiridas miran en esta y en la otra dirección, la de que se necesita la historia particular para la historia comparada. Sintomáticamente, las obras que se sitúan entre tales coordenadas son colectivas⁽⁶⁰⁾. Vamos a pasar finalmente a registrar algunos problemas entre los viejos y los nuevos. Conviene hacerlo porque la historia constitucional comparada está aquí, renovada, para quedarse⁽⁶¹⁾. No dejaremos de seguir acudiendo a Pedro aunque ya no pueda ayudar-

cia. Nuestros mismos maestros en historia del derecho europeo eran nazis reciclados con la hipoteca consiguiente: Kaius TUORI, *Narratives and Normativity: Totalitarianism and Narrative Change in the European Legal Tradition after World War II*, en «Law and History Review», 37 (2019), 2, pp. 605-638; Ville ERKKILÄ, *The Conceptual Change of Conscience: Franz Wieacker and German Legal Historiography 1933-1968*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2019. El monumental *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte* del Max Planck Institut de Frankfurt am Main (1973-1988, dirigido por Helmut Coing) ignora olímpicamente la existencia histórica de derecho judío en Europa. Se ha estudiado mucho la efímera política de desnazificación forzosa y poco la duradera y relativa desnazificación voluntaria cuyo rasgo principal fuera el acomodamiento personal sin problemas con las resultas del Holocausto.

⁽⁶⁰⁾ *Comparative Constitutional Law in Asia*, eds. Rosalind Dixon y T. Ginsburg, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, *Introduction*, arranque; anteriormente, con los mismos editores en orden inverso, *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, *Introduction*, arranque: «Comparative constitutional law is a newly energized field in the early 21st century»; *Comparative Judicial Review*, eds. Erin F. Delaney y R. Dixon, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

⁽⁶¹⁾ *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michael Rosenfeld y Andrés Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, parte I: *History, Methodology, and Typology*. Por lo que toca al componente colonial de la problemática constitucional comparada, también interesa *The Oxford Handbook of the History of International Law*, eds. Michael Rosenfeld y Andrés Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012. Interesa en cambio menos al constitucionalismo comparado *The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds. Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann, Oxford, Oxford University Press, 2006. La *Association of American Law Schools* acaba de crear el *Mark Tushnet Prize in Comparative Law*. Ya citado, TUSHNET es el autor de *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, obra señera del constitucionalismo comparado con futuro.

nos mucho. Como advertí en el preámbulo, no se prodiga en cuestiones metodológicas, bien que siempre puedan extraerse de su obra enseñanzas de este género⁽⁶²⁾.

7. *Comparación: de respuestas en falso a interrogantes en serio.*

Vimos las conclusiones derogatorias de Pedro sobre la primera experiencia española de jurisdicción constitucional, la ciertamente fallida de la II República de los años treinta del siglo pasado. En sí son irreprochables. Lo que cabe cuestionarse es, en primer lugar, el universo limitado de comparación en el que se la sitúa y del que derivan las conclusiones; en segundo lugar, la abstracción de su propio contexto constitucional; dicho de otro modo, la falta de una historia específica de aquel constitucionalismo republicano como premisa necesaria para la propia comparación. Cuando esto segundo ha venido a plantearse, se ha apreciado la relación de una jurisdicción constitucional con un fuerte componente representativo y el compromiso especial del propio constitucionalismo por integrar en la ciudadanía activa a toda la sociedad y en particular a las clases trabajadoras tanto urbanas como rurales, de tierra como de mar. A ello se unía una fuerte y justificada desconfianza hacia el sector letrado, hacia todo él y no sólo hacia el judicial. Aquel constitucionalismo español representaba un modelo que deliberadamente se distanciaba de los congéneres europeos de su tiempo, como, por el mismo orden de razones, se diferencia del planteamiento de la Constitución española actual. ¿Comparamos entonces en el tiempo antes que en el espacio?⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Claudia STORINI, *La curiosidad del jurista persa: Método y metodología para una enseñanza emancipadora del Derecho Constitucional*, en «Foro. Revista de Derecho», 23 (2015), pp. 5-25, identificando el método con la «razón crítica» de ese enfoque «emancipador» que inicia para España con referencia a Tomás y Valiente. El intento no se ha hecho para con sus obras, de Pedro, de historia constitucional comparada y éste sobre *el jurista persa* es muy somero en lo que toca exactamente a su aportación. La intervención de Pedro en las *Exposiciones preliminares de una Jornada sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional*, en «Teoría y Realidad Constitucional», 21 (2008), pp. 73-107, en lo que insiste, pp. 87-88, es en su atenuamiento al estricto análisis constitucional, radicando la identidad de profesión más en el objeto que en el método, lo que, si puede entenderse para el constitucionalismo, no cabe extenderse a la historia constitucional, comparada o no.

⁽⁶³⁾ R. ESCUDERO ALDAY, *Modelos de democracia en España. 1931, 1978*, Barcelona, Península, 2013. Sobre aquella jurisdicción constitucional en concreto, véase ahora Pedro ÁLVAREZ BERTRAND, *El Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de tutela de los derechos fundamentales*, Oviedo, KRK, 2017, y la recensión de S.

¿Cómo comparamos en definitiva? ¿Entre qué casos comenzamos haciéndolo para que no se produzcan equívocos y confusiones? ¿Cabe la comparación misma si hemos de partir de historias específicas que pueden resultar irreductibles? Son preguntas que no dejan por supuesto de formularse. Y no es raro que se den respuestas decepcionantes. Permitidme registrar un verdadero caso, el del hoy constitucionalista comparativo Justin Collings. Es autor de la mejor historia sobre la jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania⁽⁶⁴⁾. No la sitúa en una perspectiva comparada, pero luego pretende que, por la referencia implícita a su caso patrio, el de los Estados Unidos, únicamente con esto, ya era comparativista sin saberlo⁽⁶⁵⁾. El hecho es que, con ese solitario bagaje, ni corto ni perezoso, se lanza a teorizar sobre historia y, de paso, derecho constitucionales comparados planteándose un primer interrogante: *What should comparative constitutional history compare?* Helo. Se presenta como reflexión preliminar para todo un proyecto sobre «Constitutional Justice as a Forum of Collective Memory»⁽⁶⁶⁾.

Lo que puede a estas alturas interesarnos es que se encuentran coartadas para mantener el viejo canon del ensimismamiento en cultura de matriz europea o, más limitadamente incluso, anglosajona. Basta con pretender, por una parte, que la angloesfera marca el patrón y, por otra, que no contamos con una historia constitucional comparada que permita de momento salir de ella. No voy a entrar en deficiencias subjetivas como la ignorancia de lenguas⁽⁶⁷⁾. Collings se pregunta en plan retórico: «where are the histories of the courts on

MARTÍN, *El Tribunal de Garantías republicano, objeto de historia constitucional*, en «Revista de Historia Constitucional», 19 (2018), pp. 753-773.

(64) JUSTIN COLLINGS, *Democracy's Guardians: The History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

(65) J. COLLINGS, *An American Perspective on the German Constitutional Court*, en *The U.S. Supreme Court and Contemporary Constitutional Law: The Obama Era and Its Legacy*, eds. Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann, Baden-Baden, Nomos-Routledge, 2018, pp. 273-302.

(66) J. COLLINGS, *What should comparative constitutional history compare?*, en «University of Illinois Law Review», 2017, 2, pp. 475-496.

(67) *Ibid.*, p. 389: se ocupa de tribunales «who publish decisions in languages I can read», quedando con esto automáticamente excluidas España y la mayor parte de América Latina y el Caribe. Por lo demás, no sólo ignora a nuestro autor, a su *Formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, sino también posibilidades abiertas por obras en inglés, no sólo por las de Ginsburg y compañía: *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, ed. Daniel Bonilla Maldonado, Nueva York, Cambridge University Press, 2013 (en español, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015).

the ‘periphery’ of global constitutionalism? ». Entiende que no existen, por lo que ese *global constitutionalism* todavía ha de centrarse por el supuesto centro⁽⁶⁸⁾. Con *Global Constitutionalism* así tenemos, todavía, las *Word Series*. En concreto, para su Proyecto de *Constitutional Justice and Collective Memory*, Collings selecciona tres casos: el de Estados Unidos a propósito de la esclavitud⁽⁶⁹⁾, Alemania respecto al nazismo y Sudáfrica en relación al apartheid. Con ello, pretendiendo que suma *Global South* a *Global North*, considera que cubre el mundo en redondo. Sur global sería Sudáfrica cuando, con el acercamiento a los otros dos casos, la imagen que ofrece del suyo responde a la misma imagen digamos que nortea (70). No se le pasa por las mientes que la comparación más indicada para Sudáfrica pudiera ser, como nos ha dicho Ginsburg, con Botsuana. Los casos que no entran en el canon no existen para estas comparaciones. La ignorancia asiste⁽⁷¹⁾.

No se elabora siempre en tal grado el mantenimiento del canon obsoleto. No suele hacerse realmente. Ahí sigue, sin embargo, predominando, por lo general a la chita callando. Para la historia constitucional comparada comienza por no concebirse otros constitucionalismos que los de Estado. Se ignoran los existentes, más o menos desarrollados, entre pueblos que, como los indígenas de las Américas, no constituyen Estados⁽⁷²⁾. Y entre éstos, los de Estado, ya se sabe cuántos.

⁽⁶⁸⁾ COLLINGS, *What should comparative constitutional history compare?*, cit., p. 112; y en p. 110, «the most striking aspect of current comparative constitutional historiography is its scarcity».

⁽⁶⁹⁾ Se anuncia un anticipo: J. COLLINGS, *The Supreme Court and the Memory of Evil*, en «Stanford Law Review», 71 (2019), 2, ya adelantado, cuando escribo, online en la *Social Science Research Network*. Sólo colateralmente se le ocurre a Collings que *the memory of evil* puede importar a indígenas. Para la memoria comparada de excepciones mayores en Europa, Nikolai KOPOSOV, *Memory Laws, Memory Wars: The Politics of the Past in Europe and Russia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018. Para Estados Unidos puede interesar la literatura citada de comparación entre genocidios en América y en Europa como excepciones máximas más relacionadas entre sí de lo que se da por hecho: B. CLAVERO, *¿Es que no hubo genocidio en las Américas?*, en «Quaderni fiorentini», 47 (2018), pp. 647-687.

⁽⁷⁰⁾ COLLINGS, *What should comparative constitutional history compare?*, cit., pp. 494-495.

⁽⁷¹⁾ Collings, *ibidem*, concluye con un par de versos de Samuel Daniel, *Musophilus: Containing a General Defence of All Learning* (1599): «Whilst timorous knowledge stands considering, / audacious ignorance hath done the deed», eludiendo la continuación que menos le conviene: «For who knows most, the more he knows to doubt / The least discourse is commonly most stout».

⁽⁷²⁾ B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeco-*

les marcan la pauta como si ellos solo se sobrasen para representar la globalidad, toda la problemática constitucional que ha de interesar a la humanidad entera. Cubrirla es imposible incluso para asuntos concretos. Trabajar de segunda mano no sirve por el conocimiento caso a caso que se requiere y también por la heterogeneidad natural de la bibliografía disponible, de haberla. El trabajo en equipo tampoco salva este último escollo. La historia universal que se dice global es un ensueño todavía colonial de cultura europea ahora inconfeso⁽⁷³⁾. Y el comparativismo constitucional confluyente no responde en absoluto el reto de esta misma tendencia globalizadora del propio constitucionalismo⁽⁷⁴⁾.

La globalidad es tópico de moda que, de no matizarse, puede estorbar más que facilitar. Se está amagando un regreso de la historiografía colonialista de matriz europea con este tipo de lenguaje. Basta para evitarlo el detalle de tomar en consideración el colonialismo⁽⁷⁵⁾. La cuestión está ahí: «How can we refer to ‘Western Constitutions’? How can we speak about the ‘Global South’, the ‘Third World’, ‘Developig Countries’ etc. and not become instantly aware of the logic of coloniality?»⁽⁷⁶⁾. El problema es que tal conciencia no acaba de establecerse en los lares de la historia constitucional o, en general, de la jurídica. Un centro de investigación tan significado como el *Max Planck Institute for European Legal History*, para superar su eurocentrismo fundacional, viene ahora a buscar acomodo en esa zona de la

nomy to the Constitutionalism of the Americas, Berkeley, Robbins Collection, 2005; José María PORTILLO, *El sueño criollo. La formación del doble constitucionalismo en el País Vasco y Navarra*, Madrid, Nerea, 2006. Algo de multinivel constitucional ha habido en tiempos.

(73) B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, cap. 4: «¿Historia del derecho sin fronteras? Los derechos humanos como historia».

(74) R. HIRSCHL, *Judicial review and the politics of comparative citations: theory, evidence and methodological challenges*, en *Comparative Judicial Review*, eds. E.F. Delaney y R. Dixon, cit., cap. 20.

(75) 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. El detalle pugna más en el ámbito del derecho internacional que en el del constitucional: Zoran OKLOPCIC, *The South of Western Constitutionalism: a map ahead of a journey*, en «Third World Quarterly» 37 (2017), 11, *Special Issue: Third World Approaches to International Law (TWAIL)*, pp. 2080-2097.

(76) FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Studies*, cit., p. X, prosiguiendo: «By coping with these and other questions we the comparatists may learn to cope with strangeness and foreignness» y, en consecuencia, aprender «to disrupt unitary projects of constitutional ‘families and traditions’».

globalidad abstraída de colonialismo en cuanto que proyecto colectivo. Así se recicla hasta la historia apenas remozada de la expansión del derecho canónico y de la teología católica, por ejemplo. También se ofrecen materiales y trabajos de interés, faltaría más⁽⁷⁷⁾. El mismo Pedro se ha referido, bien que incidentalmente, a historia constitucional «global» sin aprovechar el momento para identificar el engorro colonial de la que ha cultivado⁽⁷⁸⁾. Es el extremo que importa.

Cunden ilusiones que pueden llevar a engaño. Abundan especialistas en historia comparada, constitucional u otra, que no lo son de ninguno de los casos o períodos que tratan, o lo son tan sólo de alguno, por lo usual situado más al presunto centro que en la consiguiente periferia. Se predica que la historiografía vuelve a ser de importancia para la actualidad, jurídica u otra, porque aportaría de por sí la comparación que se necesita. Se parte de una historia del derecho que se alarga mal a los tiempos constitucionales. Arrastra como vector principal de la comparación el de la distinción entre *common law* de la angloesfera y *civil law* de la latinoesfera que por sí sólo se basta para que la historia constitucional, al resultar subordinados sus elementos distintivos de derechos y garantías de libertad, se desdibuje y resienta⁽⁷⁹⁾. Porque una historiografía del derecho en plan comparativo progrese desde tiempos antiguos, romanos de *civil law* o góticos de *common law*, hasta la misma actualidad, no por eso se tiene una historia constitucional comparada. Suele en cambio presumirse que sólo por moverse entre los más diversos períodos históricos a lo largo

⁽⁷⁷⁾ *Global Perspectives on Legal History*, eds. Thomas Duve y Stefan Vogelner, serie en publicación online desde 2014, con volúmenes realmente apreciables para la historia comparada del derecho junto a los de contrabando de colonialidad como globalidad.

⁽⁷⁸⁾ P. CRUZ VILLALÓN, *Modelos Constitucionales en la Historia Constitucional*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2001, folletito de presentación de una publicación en el que sólo le pertenecen las pp. 29-35; más injustamente de lo que yo he podido, se muestra en la ocasión además distante de su propia obra de historia constitucional sin sugerir más razón aparente que la del paso del tiempo y las circunstancias: «Nos metimos en la historia constitucional, seguramente como buena mente pudimos». No menos injustamente consigo mismo dice presentarse «sin contar con genuinas credenciales de historiador» con ocasión de su discurso de inauguración de un coloquio, dedicado precisamente al estado de excepción, del *Centre d'Histoire du Droit et de la Politique* de Toulouse en 2016: *Entre proporcionalidad e identidad. Las claves de la excepcionalidad en el momento actual*, en «Revista de Derecho Constitucional Europeo», 27 (2017), s.p. online.

⁽⁷⁹⁾ *Comparative Legal History*, eds. Olivier Moréteau, Aniceto Masferrer y Kjiell A. Modéer, Cheltenham, Elgar Edward, 2019, para una última ilustración de servidumbre tan arraigada.

de los siglos, la historia del derecho ya tendría una capacidad comparativa enteramente válida para los tiempos constitucionales⁽⁸⁰⁾.

Con la misma alegría se pasa, por parte de la historiografía jurídica, desde la comparación en el tiempo a la comparación en el espacio. Haciéndose la suma tenemos productos como el la susodicha historia global del derecho. No se busque en sus medios la historia constitucional comparada. Hay improvisación y puede haber fraude. Se invoca una trayectoria pretérita en común de la historia del derecho y del derecho comparado sin rastrear la funcionalidad colonial de la efectiva convergencia de antaño. Se pretende que, precisamente con dicho patrimonio de hecho tan dañado, podría hoy conseguirse la fusión entre lo uno y lo otro, el derecho comparado y la historia del derecho, en beneficio mutuo que ante todo garantizare la utilidad práctica de la profesión historiográfica, la de por sí más problemática en la academia actual⁽⁸¹⁾.

Si de esto último se trata, lo tenemos solucionado desde nuestro mismo arranque. Las obras mayores de historia constitucional de Pedro Cruz Villalón muestran cómo la historiografía constitucional puede ser constitucionalismo analítico; la investigación histórica, conocimiento práctico. No vamos a hacer historia constitucional por amor al arte. Las cuestiones pendientes son otras, como las primarias dichas. He aquí la primerísima: entre qué se compara; entre qué ha de compararse para que los resultados puedan ser relevantes. Presumir un modelo de control de constitucionalidad europeo y contrastar, como variante suya, el caso de la II República española no ha sido, en sí, una buena idea. El modelo mismo parece producto más de prejuicio que de posjuicio⁽⁸²⁾. La ubicación de aquella experiencia juris-

⁽⁸⁰⁾ A finales de los años noventa del siglo pasado, cuando la Universidad de Huelva introdujo una asignatura de *Sistemas Jurídicos Contemporáneos* de corte comparado a cargo de historia del derecho, consultado informalmente, manifesté mis reservas. La misma denominación de la materia apunta a una línea de tradición francesa que, todo lo críticamente que se quiera, parte del lastre de la distinción dicha entre *civil law* y *common law*: Pierre LEGRAND, *Le Droit Comparé*, ed. ampliada, París, Presses Universitaires de France, 2015.

⁽⁸¹⁾ Heikki PIHLAJAMÄKI, *Merging Comparative Law and Legal History: Towards an Integrated Discipline*, en «The American Journal of Comparative Law», 66 (2018), 4, *Symposium 'Legal History and Comparative Law'; A Dialogue on Time of Transnationalization of Law and Legal Scholarship*, pp. 733-750. Para contraste, planteando la historización del propio corporativismo jurídico, Giorgio RESTA, *Les luttes de clocher en droit comparé*, en «McGill Law Journal», 62 (2017), 4, pp. 1153-1199; y emprendiendo una revisión histórica, O.V. KRESIN, *Comparative Legal Studies, 1750 to 1835. Approaches to Conceptualization*, Londres, Wildy, Simmonds and Hill, 2019.

⁽⁸²⁾ En el citado *La Constitución de 1808 en perspectiva comparada* el modelo

diccional española en su propio contexto constitucional la extraña de tan presunto modelo. ¿Hay casos entonces literalmente incomparables? ¿Lo son todos? ¿Tal vez tan sólo algunos? ¿O es que pueden, en cambio, asimilarse en modelos para poder compararse entre éstos? ⁽⁸³⁾

Tal vez el problema resida en que hay casos que se merecerían otras referencias comparativas. Voy a permitirme una sugerencia aventurada. Lo más distintivo del caso republicano español era el fuerte componente representativo de la magistratura constitucional como un expediente, entre otros, de incorporar en una ciudadanía activa a las clases sociales hasta entonces, por decir poco, postergadas. Hay casos para comparar. Pensemos en el Estado Plurinacional de Bolivia, donde todo el Tribunal Constitucional es elegido por sufragio universal como empeño por incorporar a la agencia de la ciudadanía a la entera sociedad y particularmente, en su caso, a los pueblos indígenas. La actual Constitución boliviana representa el mayor esfuerzo habido nunca por las Américas en dicha dirección. Su caso parece comparable al republicano español incluso porque, en lo que interesa a la jurisdicción constitucional, está resultando igualmente fallido. Sería una comparación de la que aprenderíamos probablemente más

bonapartista se le tambalea entre otros factores por el de la distinta historia específica de cada caso; al final, sólo parecen asimilables las dos Constituciones de Bayona, la de España y la de Nápoles, lo que también cabría cuestionar si tomásemos en cuenta la implicación de una previsión de la primera que quedara inédita: «Los fueros particulares de las Provincias de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava se examinarán en las próximas Cortes, para determinar lo que se juzgue más conveniente al interés de las mismas Provincias y de la Nación», sobre lo cual PORTILLO, *El sueño criollo*, cit.

⁽⁸³⁾ T. GROPPI, *¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional?*, en «Revista de Derecho Político», 62 (2005), pp. 33-54 (= *La justicia constitucional en Europa*, eds. T. Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti, Querétaro, Instituto de Administración Pública de Guanajuato, Querétaro, 2004, pp. 17-32), para la representación predominante: concibe tal modelo en contraposición histórica con uno americano sentido por los Estados Unidos en un terreno finalmente común de ecuación, que sabemos problemática, entre democracia y justiciabilidad del ordenamiento conforme a Constitución. Y hay diferencias claves que ni se mencionan pues no encajan en un modelismo prejudicial, como sea eminentemente la del jurado con competencia regular respecto al derecho, no sólo al hecho: Shannon C. STIMSON, *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton, Princeton University Press, 1990 (la *jury review* precede a la *judicial review*). Éste de la *judicial review* caracterizando todo un modelo es un buen ejemplo de los anacronismos habituales en el constitucionalismo y no sólo en el estadounidense originalista: Ilan WURMAN, *Law Historians' Fallacies*, en «North Dakota Law Review», 91 (2015), 1, pp. 161-207, ep. 6.B: «The Fallacy of Presentism».

que con la europea⁽⁸⁴⁾. La referencia del tiempo anterior de la justicia revolucionaria francesa de elección ciudadana serviría menos o no serviría nada pues se trataba de una justicia constitucionalmente incapacitada frente a poderes⁽⁸⁵⁾.

Caben en todo caso también comparaciones en el tiempo y no sólo en el espacio. ¿Que pegar tamaño salto por encima de la cronología es un modo pésimo de hacer historia? Depende. Estamos hablando de la comparación ulterior a la investigación específica de primera mano de cada uno de los casos. La historia constitucional particular es la base ineludible de la historia constitucional comparada. Esta segunda especialidad no cabe sin la primera. No puede ser independiente⁽⁸⁶⁾. De conocimiento local, por mucho que quiera generalizarse, nunca debe prescindirse⁽⁸⁷⁾. Con tales debidas condiciones, la comparación en el tiempo puede deparar tanto conocimiento constitucional contrastado como la más habitual que se desenvuelve en el espacio. Las posibilidades de la historia constitucional comparada pueden ser incluso mayores que las que se hallan a la vista.

8. Colofón: ¿Y del constitucionalismo, qué?

¿Y respecto al constitucionalismo? Ya he dicho que no es cosa de hacer historia constitucional por amor al arte. Si hay una sección de la historia del derecho que no puede prescindir del conocimiento de presente es la historia constitucional. Ya nos lo ha dicho también el propio Pedro: «Como debe ser». ¿Y a la inversa? ¿Puede desentenderse el constitucionalismo de la historia constitucional en general y de la historia constitucional comparada en particular? ¿Debe, en cambio, esta última figurar en el equipaje metodológico del constitucionalismo? Suele aparentemente hacerlo, tanto en la investigación

(84) Salvador SCHAPELSON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, Buenos Aires, CLACSO-IWGIA, 2012; B. CLAVERO, *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017.

(85) B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, cap. 11: «1789: Promiscuidad de una pareja de poderes entre los derechos y ante la justicia».

(86) Nos lo enseñó para la filosofía un maestro intelectual de nuestra generación: José SARRIÓN ANDALUZ, *La noción de ciencia en Manuel Sacristán*, Madrid, Dykinson, 2017.

(87) Y ésta, a otra escala, fue en nuestros tiempos lección de la antropología: Clifford Geertz by his Colleagues, eds. Richard A. Sweder y Byron Good, Chicago, University of Chicago Press, 2005.

como en la docencia. No son raras, por ejemplo, las tesis doctorales de derecho constitucional que no comiencen con una incursión en la historia o que no la traigan en algún momento a colación, por lo general gratuitamente. Y basta con ojear manuales para tropezarse desde un inicio o bastante pronto con el artículo decimosexto de la primera Declaración de Derechos de la Revolución Francesa o con lo que dijera o dejara de decir hace más o menos ese mismo tiempo, casi dos siglos y medio ya, Madison o Hamilton en *El Federalista*. Es punta de iceberg. Huelgan ya citas para quienes hayan venido leyendo hasta estas conclusiones. ¿Así se transmite en la docencia y el tirocinio de derecho constitucional la necesidad de historia, de una historia además comparada por plural? ¿Y se transmite de ese modo sensibilidad hacia la diferencia de los casos a los que se hacen referencia, algo tan esencial?

En la investigación como en la docencia suele tratarse de historia que comparece para ilustrar categorías, experiencias o problemas de presente con indiferencia prácticamente absoluta sobre lo que pudieran significar en su momento, sin sensibilidad alguna para con la diferencia ni siquiera entre experiencias de cultura común por su fondo europeo, ya no digamos cuando no media la familiaridad como con Haití respecto a aquella primera Declaración francesa o con Haude-nosaunee en relación a aquellos padres fundadores de unos Estados Unidos. Si, lectora o lector, no se tiene noción de alguna referencia, hoy puede gугlearse. ¿A quién importa, empero, las complejidades de la historia cuando de lo que se trata es del estudio y la investigación del derecho en tiempo presente, no en el pretérito? Ahí radica el problema, en la presunción de que el conocimiento de actualidad puede prescindir de la historia salvo para la ilustración, la redundancia o el aderezo, y esto en un campo tan cargado de pasado como el del derecho. Si, en otro caso, se le confiere valor al registro pretérito, es bajo la pretensión de que aporta autoridad y no de que pueda cuestionarla; así, en este supuesto de mayor aprecio relativo de la propia historia, se actúa como si, igual que en tiempos preconstitucionales, el muerto fuera un zombi que da posesión al vivo; la norma antigua la que imprimiera vida a la actual. Repásense esos ejercicios de comparecencia de historia en la literatura constitucionalista de presente y se verá que no exagero mucho.

Sea como fuere, unas visitas a otros tiempos, como también a otros espacios, ni siquiera se plantean el requerimiento elemental de que, para colacionar y, en su caso, comparar, ha de contarse con conocimiento específico de aquello a lo que se hace referencia. En otro caso, se banaliza, tergiversa y dilapida un patrimonio de historia que habría de servir no sólo para ubicar el constitucionalismo de presente, sino también para entenderlo y analizarlo en su propia contingencia, conforme a las particularidades y las limitaciones, los condicionamien-

tos y los horizontes, que de esa inteligencia y ese análisis se deduzcan. De otra forma, se ofrece la impresión de que, salvo retoque aquí e hilván allá, por lo que toca al constitucionalismo, hemos llegado poco menos que al fin de la historia. Lo que se presume y lo que opera más de lo que reconoce.

La historia constitucional que el constitucionalismo necesita es exactamente la contraria de la que se suele manejar en sus medios. El segundo se muestra indiferente al desarrollo efectivo de la primera, como si no fuera con él. Hoy la historiografía constitucional se encuentra con más interlocución de la historiografía sin más aunque cuando haga de su parte esfuerzos por mantener diálogo con el constitucionalismo. Hemos visto ejemplos de esta impermeabilidad. En la medida en la que hoy existe una especialidad de historia constitucional, no es el constitucionalismo quien más la atiende ni aunque se desarrolle en facultades de derecho. Más bien la ignora, sobre todo a efectos docentes. No sirve a sus intereses. Para el mismo de lo que parece tratarse es de apuntalar el derecho con historia, no de someterlo a escrutinio con su asistencia.

Es el punto en el que, aun con toda su reticencia en materia de metodología, se ofrece la mejor lección metodológica por parte de Pedro. Incluso con los problemas que hayamos podido detectar, sus dos obras mayores de historia constitucional comparada representan el ejemplo más instructivo en lengua castellana de un acceso al constitucionalismo desde el pasado para esclarecimiento del presente. Así ofrece una lección de método. Hace historia al tiempo que hace constitucionalismo y hace constitucionalismo al tiempo que hace historia. Ya sabemos que hasta ese viaje, como todo en la historia, fue contingente, pues se vio obligado por nuestras circunstancias de juventud, pero el caso es que Pedro supo hacer de la necesidad virtud.

Tampoco se tomen al pie de la letra las lecciones que pueda ofrecer mi generación. Ya tiramos para viejos. Somos los *seniors*. Y el tiempo no pasa en vano. Hemos visto cómo se abren de continuo nuevas posibilidades, bastantes últimamente en cuanto interesa a la historia constitucional comparada y a su interés para el constitucionalismo⁽⁸⁸⁾. Si quienes me escuchasteis antes, o me leéis ahora, imitáis

(88) Mis referencias de encabezamiento no aportaron comparativamente gran cosa a nuestros efectos. La manifestación de C.L. ROSSITER, introduciendo su *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies* (1948), se dirigía a la justificación, no al develamiento, de la excepción. La de E.P. THOMPSON, concluyendo su *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act* (1975), miraba al mundo colonial, «the exterior record», para confrontarlo con su polémica visión positiva de la *rule of law* en la Inglaterra del XVIII, pero no desarrolló la idea, aun reuniendo él

lo que mi generación hizo en su edad juvenil de más audaz empuje, seríais viejos prematuros sin remedio. Arriesgáis el propio potencial de vuestros tiempos. Cada cual tiene el suyo. Y las obras académicas, como sus artífices, envejecen. Es ley de historia.

condiciones políticas e intelectuales sobradas para hacerlo. Eran otros los tiempos historiográficos en los medios metropolitanos por entonces cuando mi generación se formaba o, mejor, nos formábamos.

FRANCESCO M. DE SANCTIS

INTERPRETARE, ARGOMENTARE, DELIBERARE
NELLA CRISI DELLO STATO CONTEMPORANEO

(A proposito di Emanuele Stolfi, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino, 2018)

1. Che cosa dobbiamo intendere per crisi dello Stato e del diritto? — 2. Gli attrezzi del giurista.

1. *Che cosa dobbiamo intendere per crisi dello Stato e del diritto?*

La crisi dello Stato contemporaneo può essere riassunta dalle modifiche sopravvenute nel passaggio dallo Stato legislativo allo Stato costituzionale. Le caratteristiche del primo: il monopolio statale della produzione del diritto che costituisce l'architrave della sovranità; una gerarchia delle fonti che vede la legge come culmine gerarchico della giuridicità (in quanto prodotto del potestà o funzione statale dominante su tutte le altre: il potere legislativo); la codificazione del diritto, che raccoglie tutto il diritto relativo a una determinata materia in un unico testo concepito come completo e coerente; una cultura giuridica che affida agli organi dell'applicazione il ruolo di fedeli applicatori della legge (cd. interpretazione letterale; al massimo la ricerca della volontà del legislatore storico; nonché la forma del sillogismo giudiziario — nozioni, ma allo stesso tempo finzioni ideologiche). In questo contesto la certezza del diritto assume una sorta di funzione strutturale presentandosi in guisa di metavalore rispetto ai valori perseguiti dall'ordinamento, quali la tutela dell'autonomia individuale, la sicurezza dei traffici, l'uguaglianza formale. È un blocco unitario (tutto posto nella sua coerenza e completezza) che funziona come una macchina (affidabile e prevedibile) e garantisce l'ordine che permette la libertà del cittadino e la calcolabilità delle conseguenze che essa libertà rende possibili⁽¹⁾.

(1) Sul punto «Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», XVI (2011), *passim*; in particolare, *ivi*, i saggi di G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto*.

Io direi che il nostro contemporaneo, sia cronologico sia spirituale, nasce con lo Stato costituzionale del XX secolo. Se dovessi cifrare l'epoca dello Stato costituzionale, con il neo-costituzionalismo che lo accompagna, direi che esso è portatore di un deciso riequilibrio tra Antigone e Creonte; intendendo ciò come il superamento del conflitto ultimativo tra l'immemore vigenza del diritto come ordinante antropologico nel passaggio da natura a cultura e l'attualità decidente e decisiva della politica, intesa come l'unico spazio in cui l'uomo, in ragione della sua dignità virile, è destinato a vivere. Che significato do a questa cifra del riequilibrio? Una riferimento potrebbe essere il notissimo Gustav RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, pubblicato in «Süddeutsche Juristen-Zeitung», I (Agosto 1946), 5, pp. 105-108, dove si dà per compiuta una svolta epocale. In questo saggio, infatti, si percepisce il mutamento radicale dell'auto-comprensione dell'ordinamento giuridico, sotto la enunciazione icastica: *Die grundsätzliche Überwindung des Positivismus... mit seiner Überzeugung Gesetz ist Gesetz*. In che consiste, allora, tale svolta? Nella critica radicale al vecchio legicentrismo, legittimante, ancor più della visione hobbesiana e montesquieviana, l'idea della sacralità della legge, o della 'legolatria' (termine ricorrente in Paolo Grossi per designare l'adorazione servente della legge come fonte suprema del diritto). Nell'adempiere al compito della riappropriazione della legittimità dentro la legalità, operato dalle Costituzioni del XX secolo, si realizzerà quella che i giuristi tedeschi, all'indomani della fine della Seconda Guerra mondiale e della promulgazione del nuovo *Grundgesetz*, chiamarono la «rivoluzione copernicana»: non più diritto e diritti nell'ambito della legge, ma leggi nell'ambito del diritto e dei diritti. Qui l'emersione del valore portante dell'ordinamento non sta più nella certezza ma nel pluralismo: la relazione tra Antigone e Creonte non è più caratterizzata da un aut-aut, bensì da un et-et che si moltiplica per quanti appaiono i valori costituzionalmente garantiti e protetti e i principi che ne segnano la struttura. Infatti, la cultura giuridica del neocostituzionalismo si basa sull'idea che la costituzione (lunghi dall'assicurare soltanto la divisione dei poteri e dall'affidare al legislatore l'attuazione dei diritti fondamentali enumerati nella 'carta' ⁽²⁾) sia un insieme di valori tradotti in principi, oltre che in re-

Costruzione, decostruzione, ricostruzione, pp. 19-36; e M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto*, pp. 81-94. Di rilievo E. OMAGGIO, *Saggi sullo Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015, *passim*, spc. *Trasformazioni del diritto nello Stato costituzionale*, pp. 13-35.

(2) Costituzione dei Francesi, 1791, art. 16: «Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata, non ha una Costituzione».

gole, su cui si basa l'intero ordinamento giuridico — valori che essa 'riconosce' come presupposti alle proprie formulazioni più che posti in essere in base alla propria autorità. Ordinamento giuridico che non ha più soltanto la funzione di stabilire e mantenere un determinato ordine, come ad esempio quello vigente nello Stato monoclasse della borghesia, ma ha soprattutto il compito costituzionale di guidare un processo di trasformazione sociale che realizzi nella storia concreta del popolo quei valori e quei principî. In estrema sintesi si opera qui il passaggio dalla costituzione-freno alla costituzione-motore.

Crisi del diritto, allora, può essere proprio la consapevolezza che il diritto contemporaneo ha smarrito talune prerogative che garantivano in teoria la sua certezza e che nessun ordinamento, oggi, intende più presentarsi come un corpo razionale e conchiuso di regole; ciò anche in base a quanto accennato circa la crisi Stato e della legge a cui molteplici fattori hanno concorso: dal peso esercitato dalle carte costituzionali contemporanee, che hanno relativizzato e limitato il carattere ultimativo della decisione politica; alle nuove e più ampie funzioni assunte dallo Stato sociale, che hanno minato la logica razionale, nonché la predicata generalità, delle leggi; alla concorrenza pervasiva delle fonti sovranazionali e transnazionali, che hanno disintegrato il nesso con la volontà unitaria dello Stato.

Senza indulgere alla rivisitazione, qui impossibile, della copiosa, dilagante letteratura del tramonto, del post o dell'oltre, va colta invece — come portato epistemico della crisi che coinvolge Stato e diritto — un'indicazione generale che emerge dalla cultura e dalla scienza giuridica contemporanea più avvertite: la riabilitazione degli ibridi della realtà giuridica e politica, delle contaminazioni, prima insopportabili, fra gli elementi contrastanti del vecchio edificio (fatto e diritto; Sein e Sollen; formale e sostanziale; interno ed esterno; privato e pubblico).

Ebbene l'interpretazione è proprio uno di questi concetti ibridi, posta al confine tra fatto e diritto; né descrizione, né creazione, né scienza, né politica del diritto. E proprio l'interpretazione torna ora sulla scena, dopo aver resistito a un lungo processo di purificazione e disintegrazione. Ciò anche perché la struttura degli ordinamenti giuridici contemporanei sembra sempre più orientata verso la giurisdizione che si è conservata come il luogo eminentemente dell'interpretazione. Savigny parlò di una vocazione del suo tempo per la legislazione e la scienza giuridica, ma alla fine degli anni '30 del secolo scorso Mariano D'Amelio ne riprendeva l'espressione per riferirla alla codificazione; nel 1979 Natalino Irti scriveva di un'età della decodificazione. Se è così, bisogna riconoscere che il nostro tempo manifesta una spiccata vocazione per la giurisdizione. Ci si è espressi in termini di «incontenibile espansione globale del potere giudiziario» nell'epoca contemporanea. Si è diffusa la convinzione che il compito di adeguare il

diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giudice, la cui opera si propone come fonte concorrente di produzione giuridica. Le ragioni sono complesse ma in fondo ben note. Nell'ambito degli ordinamenti nazionali la nascita dei tribunali costituzionali, come ricordavo, che ha fatto del Novecento il secolo della giustizia costituzionale, ha rimesso in vigore quelle valutazioni assiologiche, inseparabili dall'applicazione dei principi contenuti nelle costituzioni, e ha restituito al momento giurisprudenziale la sua centralità. Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale di diritto ha moltiplicato i compiti del legislatore e ha determinato un'inflazione legislativa, paradossalmente foriera di un incremento dei poteri del giudice e di un'inerzia talvolta colpevole, talaltra comprensibile e inevitabile, che ha trasmesso alla giurisdizione funzioni suppletive di crescente rilevanza. Appare oggi evidente che la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione si esalta in particolare al di fuori del perimetro degli ordinamenti nazionali, dove spesso ha contribuito all'evoluzione del diritto internazionale, affermando principi successivamente adottati normativamente, come pure nel contesto sovranazionale, dove il dialogo tra le corti spinge a considerare gli ordinamenti entro un certo ambito come spazi aperti e comunicanti. Non vi è chi non veda come questo rinnovato ruolo di eminenza della giurisdizione metta in crisi le istituzioni politiche (e ne evidenzia la crisi) e, su un piano diverso, proponga problemi delicati in relazione ad alcuni profili tradizionali della cultura giuridica moderna, quali appunto la certezza del diritto o la natura della conoscenza giuridica. Ma è altrettanto evidente che ci troviamo di fronte a un fatto con il quale qualunque teoria deve misurarsi, pena una sterile riproduzione di categorie obsolete e non più convincenti.

La riabilitazione degli ibridi, la vocazione per la giurisdizione e la crisi del diritto come certezza trovano una manifestazione significativa nelle teorie dell'argomentazione giuridica, che sempre più vanno assumendo una posizione centrale nel dibattito giusfilosofico. Le teorie dell'argomentazione giuridica contemporanee comprendono una famiglia di dottrine diverse per stile filosofico e per contenuti, che condividono grosso modo un'idea del diritto come pratica sociale di tipo interpretativo. Il diritto come pratica, come attività, allude alla pervasività del ragionamento giuridico, alla sua onnipresenza, come interpretazione (attività/prodotto teso a dare significato alle proposizioni normative) e come argomentazione (giustificazione delle scelte interpretative, quando queste non siano logicamente stringenti)⁽³⁾. Al di là delle differenze, pur non trascurabili tra le diverse proposte teoriche,

⁽³⁾ I suoi principali esponenti operano nel contesto anglosassone e in quello continentale: Neil Mac Cormick, interprete di una versione analitica; Josef Esser e Ro-

queste teorie mirano in maniera convergente a delineare le forme del ragionamento giuridico e a indagare le conseguenze teoriche del riconoscimento della rilevanza e della pervasività dei processi argomentativi. Il nucleo comune è racchiuso nella considerazione del ragionamento giuridico come una prospettiva privilegiata, da cui analizzare l'intero fenomeno giuridico. In questa visione il diritto non ha un'esistenza distinta dal complesso di ragionamenti interpretativi e argomentativi necessari alla sua realizzazione, né può essere identificato, se non in modo sommario, a prescindere dalle attività applicative. Si promuove così una concezione non oggettualistica, secondo cui il diritto non è da considerarsi un insieme di regole o di oggetti normativi, quanto piuttosto un'attività (logocentrica), in particolare un'attività sociale di natura interpretativa e argomentativa. Essa consiste nel reperire, anche (ma non solo) sulla base di regole generali, una soluzione per i casi di specie, di modo che l'individuazione della norma dipende anche dai processi argomentativi, in cui le pratiche del ragionamento (attività tese a dare significato alle proposizioni normative oppure a giustificare le scelte interpretative) risultano altrettanto importanti quanto le disposizioni normative.

2. *Gli attrezzi del giurista.*

Qui il libro di Emanuele Stolfi si colloca, afferrando insieme la contemporaneità cronologica della crisi dello Stato e la contemporaneità trans-epocale del ritorno del diritto, per usare il titolo di una recente raccolta di saggi di Paolo Grossi. Non a caso, infatti, il libro che ci ha convocato a discutere è chiaramente un libro di uno storico capace appunto di cogliere la difficile contemporaneità sostanziale rispetto a quella banalmente cronologica. Gli attrezzi del giurista (in quanto pratiche discorsive costituenti il diritto) sono lo strumentario che è servito al giurista nella formazione-formulazione del diritto almeno dalla romanità repubblicana a oggi (e dico romanità, non perché trascuri i contributi di Stolfi allo studio «dei diritti» in Grecia, ma solo perché 'il diritto', anche e soprattutto come prestazione del ceto dei giuristi, detentori e creatori dell'attrezzatura in parola, è una 'invenzione' romana).

La prima valutazione: è un libro prezioso. Innanzitutto dal punto di vista didattico perché ha dentro di sé un progetto di sapere giuridico come un sapere peculiare (e quindi tecnico e specialistico) che, tuttavia, si articola nel logos che accomuna i diversi saperi. Speciali-

nald Dworkin, sostenitori di una versione ermeneutica; Robert Alexy, Aulis Aarnio e Alexander Peczenik, ispiratori di una teoria intermedia.

stico, dunque, ma che, nello stesso tempo, vuole un tipo di giurista capace di pensiero giuridico non solo di tecnica giuridica; che perciò non si fermi alle nozioni ma sappia utilizzarle in un ragionamento che le superi in una visione unitaria e plastica⁽⁴⁾ capace di farsi erede di una tradizione epistemica, forse l'unica cumulativa⁽⁵⁾, che tiene insieme la storia giuridica dell'Occidente.

Parentesi autobiografica. Quando studiavo giurisprudenza, inizio anni '60 ciò che avveniva nelle aule della Facoltà era completamente separato da ciò che avveniva fuori (Filosofia analitica del linguaggio, strutturalismo in linguistica e antropologia, semiotica nelle sue diverse declinazioni, prolegomeni al decostruttivismo). La sensazione dello studente era quella di entrare in un mondo nozionale resecato dal movimento culturale che permeava la società (il tutto sarebbe esploso nel '68, ma con effetti di politicizzazione). Ogni manuale iniziava con la perorazione della scientificità dell'operazione giurisprudenziale vuoi nel senso della sistematica concettuale vuoi in quello della commensurabilità al sapere scientifico imposto dalle cc. dd. scienze dure detentrici della scientificità per eccellenza. Il positivismo giuridico non significava soltanto che oggetto della scienza del diritto era solo il diritto posto in essere e non quello naturale (al massimo riconosciuto come presupposto), ma significava anche una concezione della scienza come accomunata tutta da un'idea univoca di ragione nonché di metodo. Per cui, ad es., le diverse storie del diritto che si studiavano trattavano il diritto come un oggetto di cui si fa storia e mai esso stesso come storia. Il diritto romano, il diritto comune, il diritto italiano erano oggetti di cui si studiava la configurazione e, specificamente per il diritto romano, esso o era inteso come un reperto archeologico o, all'inverso, come assolutamente attuale, operante per implicita novazione negli ordinamenti vigenti.

Più in generale: il libro di Stolfi si può definire un'analisi dei comportamenti discorsivi — comportamenti più che meri atti linguistici in senso austiniiano, in quanto in Stolfi prevale l'aspetto relazionale, sociale, interattivo e, infine, ordinante del comportarsi ossia del camminare insieme costruendo relazioni tendenti alla stabilizzazione e tipizzazione di rapporti. *Gli attrezzi del giurista* è un'intitolazione fe-

(4) Sul punto E. STOLFI, *Salvaguardare la cultura del giurista*, in *La formazione del giurista*, Roma-Tre Press, 2018, pp. 169-180.

(5) La nozione (e l'idea) di rottura epistemologica o 'salto' (di cui al famoso Thomas S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*) valida per molte scienze, anche umane e sociali, si adatta poco alla giurisprudenza, a cui meglio converrebbero i 'corsi e ricorsi' di un procedere a spirale (i ricorsi avvengono sì, ma sempre su piani diversi) radicato nei luoghi primigeni della complessa genealogia della formazione del 'sapere' giuridico.

lice, soprattutto se letta in stretta sincronia col sottotitolo, *Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*. Fare attenzione: del diritto, e non introduzione alle pratiche discorsive della giurisprudenza — ossia non è il sapere del diritto una pratica discorsiva che avviene sull'oggetto diritto inteso come la 'cosa' del pensiero giuridico — ma il diritto stesso è una pratica in cui l'azione per eccellenza è il discorso con le parole, le nozioni, le operazioni e i concetti di cui esse si fanno portatrici e che lo costituiscono nei diversi 'modi' in cui essi possono o devono presentarsi nell'ordine del discorso stesso.

Ma vorrei sottolineare anche, sempre sul piano generale, un'altra prestazione preziosa dell'approccio analitico di Stolfi — e preziosa non solo per la matricola di Giurisprudenza. Mi riferisco alla limpida descrizione delle operazioni mentali e discorsive più abituali (le operazioni elementari del discorso le chiama Stolfi) esonerandole dalla banalità dell'irriflessione e mostrandole invece come operazioni, quale più quale meno, tutte complesse: se si escludono alcune nozioni come ad es. 'abduzione' (inventato da Charles Sanders Peirce e che per brevità potremmo definire inferenza alla Sherlock Holmes), o 'espressione o locuzione performativa' (dovuta al *Fare cose con parole* di Austin), quasi tutte le 'operazioni', descritte da Stolfi, fanno parte dell'armamentario discorsivo di ogni parlante. E tuttavia egli è in grado di farci vedere come si complica l'irriflesso nel diventare oggetto della riflessione — si complica, ma nello stesso tempo si chiarisce — si emancipa dalle 'fallacie', ma, spesso, anche dai semplici errori. Solo un esempio: noi continuamente *definiamo*, non essendo consapevoli della complessità dell'operazione che, però, allorché ci viene descritta analiticamente ci permette anche di giudicare quali definizioni sono effettive e quali invece solo apparenti. E lo stesso si potrebbe dire dell'elencare, del classificare, dell'affidarsi a metafore o metonimie. E tutti siamo costantemente interpreti, argomentatori e persuasori per convincere e vincere. Da questa acquisizione, poi, Stolfi ci cala nella specificità del discorso e del ragionamento giuridico mostrando, di ogni figura, le possibili applicazioni e declinazioni proprie della giurisprudenza.

Anche da una prospettiva semantica, oltre che pragmatica — il contributo di Stolfi è di particolare utilità. E mi riferisco, in particolare, al taglio ermeneutico di una storiografia *begriffsgeschichtlich*. L'importanza della critica storico-concettuale non significa solo, come sarebbe banale ripetere con uno storicismo relativistico di maniera, che ogni epoca ha i suoi concetti o le sue idee, ma che proprio gli stessi nomi che possono permanere nel mutare delle epoche, hanno una semantica storica cangiante o addirittura metamorfica; tale che la piena comprensione, storicamente articolata, di pratiche e concetti o di pratiche discorsive inglobanti nozioni e concetti, può far apparire l'inadeguatezza, anche moderna, di una concettualità storicamente de-

terminata. Per mostrarne solo una: quella riduttiva del diritto a legge. Più specificamente: la concettualità moderna, non solo può risultare inadeguata a comprendere i significati antichi o medievali del discorso giuridico, ma proprio da questa inadeguatezza può risultare una critica alla stessa concettualità moderna. Ossia, ad es., mostrare l'inadeguatezza del termine Stato alla complessità del plesso politica-diritto antico può essere utile a vedere i limiti dello stesso Stato moderno nelle sue pretese di monopolizzatore della politica; o nel differenziare la democrazia degli antichi da quella dei moderni appaiono più chiaramente le inadempienze della stessa democrazia moderna. La transpocalità del contributo di Stolfi, il suo porsi da una prospettiva di lunghissimo periodo, pur non soffermandosi specificamente su tale problematica, indigeribile per altro al lettore a cui egli si indirizza, fornisce, a chi si serve di tale approccio di ricerca, strumenti preziosi di autocomprensione epistemica. In ciò l'effetto di contemporaneità che la sua vocazione antichistica dà al suo lavoro. Quella contemporaneità di cui, soprattutto oggi, è luogo l'Antico e di cui è, più che mai oggi, bisognoso il nostro presente per liberarsi dalla rumorosa attualità.

Un'affermazione quasi parentetica, apparentemente immemore dell'itinerario circolare che ha portato alla possibilità di porla in essere, è la distinzione che Stolfi ci fornisce — senza alcuna enfasi — tra norma e disposizione normativa. Partirei da qui per segnalare uno spostamento non di poco conto nella teoria del diritto che traspare da questo libro come registrazione di un mutamento effettivo della realtà giuridica e della 'scienza' del giurista. Che cosa dice Stolfi: disposizione normativa è quell'enunciato prescrittivo che troviamo nella legge, nel codice, nel provvedimento — cioè tutto ciò su cui lavora l'interprete; mentre la norma è il risultato dell'interpretazione. Senza particolari sottolineature qui si registra un capovolgimento significativo tra norma e interpretazione che con grande difficoltà è pervenuto alla consapevolezza dei giuristi (e, forse, non ancora di tutti). 1) Come prima cosa si è dissolto il mito dell'interpretazione come fatto arbitrario o eccezionale, quasi un attentato alla *summa potestas* legislativa: deriva di tale visione il giudice «bocca della legge»; 2) si è superata la visione secondo cui la norma è un dettato (se non proprio comando, prescrizione) posto in essere una volta per tutte in un testo normativo (leggi, decreti, regolamenti, ecc), competenza di un'autorità esclusivamente legittimata a tale *positio*, da ciò ne derivava che, rispetto a tale 'attività', l'interpretazione, ancorché necessaria, sarebbe dovuta essere successiva (logica e cronologica) alla norma 'posta' nell'ordinamento una volta per tutte. Potremmo dire che la messa in crisi di queste due posizioni teoriche sulla relazione tra norma e interpretazione faccia giustizia del 'paleopositivismo giuridico', inteso come quella dottrina secondo la quale diritto è solo quello posto in

essere da un'autorità legittimata a (e specializzata per) tale compito; autorità che nell'epoca della sovranità è esclusivamente il legislatore o chi da lui espressamente delegato. Questa visione aveva reso, nella prima ipotesi, l'interpretazione inessenziale, pleonastica o addirittura eversiva; nella seconda invece un'attività necessaria sì, ma fuori del processo normativo *stricto sensu*, attività di mera applicazione adattativa, pertanto essenzialmente cognitiva, ossia succube della volontà che presiede al dettato normativo che viene sempre meglio conosciuta ed esplicitata, anche e soprattutto in connessione con l'evolversi storico del tessuto sociale da regolare.

Queste notazioni cursorie già ci permettono di guardare criticamente alla teoria delle fonti tradizionale attraverso lo spostamento dalla legge alla norma come elemento costitutivo del diritto, dal che risulta: (1) la legge è soltanto un modo di essere possibile della norma; (2) in una legge possono darsi più norme. Dunque la norma è l'unità elementare e irriducibile, atomica, dell'ordinamento giuridico. E, per dirla con Kelsen, l'ordinamento giuridico è « un processo di produzione del diritto dal generale al particolare »⁽⁶⁾. Ma, e questo è ciò che più interessa: chi (o, come si) pone la norma? La *positio* è applicabile per come si presenta, in quanto enunciato dell'autorità competente, o, per essere applicata, ha bisogno di una *tradutio* e una *traditio* in ulteriori enunciazioni che la renda, per così dire, applicabile al fatto al quale la *positio* allude come previsione? E si può dire che questo trasporto sia un'interpretazione? E laddove ciò sia possibile in che cosa consiste propriamente l'interpretazione? E qui, almeno in parte, ci soccorre ancora l'ingombrante figura di Kelsen, che porta dentro il suo normativismo molti dei risultati sia della *Interessenjurisprudenz* sia della *Freirechtsschule*. Per Kelsen interpretazione di un'opera d'arte o di un testo sacro e interpretazione giuridica sono operazioni incommensurabili: la prima è un'attività conoscitiva volta a comprendere meglio ciò che è detto, o scritto; a esplicitarlo, a descriverlo. La seconda, invece, non è un'attività conoscitiva, è bensì un'attività volitiva; ossia essa stessa normativa, resa possibile dalla prima norma, la quale non è altro che una delimitazione dello spazio normativo spettante all'interprete. L'interprete cioè crea norma, e cioè diritto, nello spazio che la norma superiore definisce come il suo spazio normativo — spazio che, per Kelsen, è uno schema che deve e può essere riempito in diverse possibili maniere (critica radicale sia al mito della certezza del diritto, sia alla tradizionale divisione dei poteri): « In tutti i casi [tra l'estremo *Grundnorm* e l'atto esecutivo della sentenza come altro estremo], la norma che deve essere eseguita costitui-

(6) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (trad. it. di R. Treves di *Reine Rechtslehre*, 1934), Torino, Einaudi, 1963, p. 84.

sce soltanto uno schema entro il quale si trovano molteplici possibilità di esecuzione e ogni atto che si mantiene entro questo schema e lo riempie in un qualsiasi senso possibile, è (atto di normazione) conforme alla norma»⁽⁷⁾. La conseguenza di ciò è che lo *Stufenbau* dall'alto verso il basso appare come una successione di atti produttivi determinati a porre in essere norme, mentre dal basso verso l'alto appare come una successione di atti esecutivi: il legislatore interpreta la costituzione, il giudice interpreta la legge, ma entrambi pongono norme, valide se formalmente deducibili (autorizzate) dalla norma superiore. Generalizzazione possibile già con Kelsen: la norma è posta in essere dall'interprete, l'interpretazione è produzione di norme e perciò *positio iuris*. Meglio ancora, da una determinata prospettiva l'intero ordinamento giuridico, tra i due poli suddetti, è interpretazione.

Qual è il limite (di esplicazione e comprensione) rispetto al nuovo tipo di costituzione e di costituzionalismo? Il limite di Kelsen è la netta distinzione tra due eterogenei sistemi normativi: sistema statico e sistema dinamico. Dove il primo sviluppa l'ordinamento e la concatenazione gerarchica delle norme a partire dal contenuto da cui vengono desunte le altre norme con la ratio conoscitiva (la morale ricavabile dalla *Grundnorm* 'ama il prossimo tuo come te stesso') mentre il secondo lo fa stabilendo requisiti formali, legittimanti la *voluntas* prescrittiva (la *Grundnorm* presupposto dell'ordinamento giuridico è: 'bisogna obbedire al potere costituente')⁽⁸⁾. Ciò comporta che: «L'interpretazione... non deve condurre necessariamente a un'unica deci-

(7) Ivi, p. 95.

(8) Diverso è il problema — che si pone, per Kelsen, proprio e soprattutto con le costituzioni — della prescrizione di determinati contenuti: «La costituzione può però anche determinare il contenuto delle leggi future e non è per nulla infrequente il caso che le costituzioni positive facciano ciò in modo da prescrivere o escludere certi contenuti. Nel primo caso, il più delle volte esiste soltanto una promessa solenne di emanare certe leggi [essendo difficilmente collegabile una sanzione] [...] Con maggior efficacia si possono invece impedire [...] leggi di un contenuto determinato. [...] Dal punto di vista tecnico-giuridico tali divieti possono esser resi efficaci con l'attribuire la responsabilità personale per l'emanazione di una legge incostituzionale a determinati organi che vi partecipano (capo dello Stato, ministro) o col dare la possibilità di impugnare o abrogare tali leggi». [Da ciò l'esigenza della creazione di Corti Costituzionali come giudici delle leggi]. Ma la cosa da sottolineare qui è il significato non-contenutistico del contenuto o, se si vuole, il suo carattere formale che nel primo caso 'proclama' e nel secondo si realizza attraverso il divieto implicito di emanare leggi contrarie ai contenuti garantiti dalla costituzione. Nessuna giustizia meta-giuridica; né permeazione dell'ordinamento tutto dalla costituzione; né la costituzione, per la sua *Dritt-wirkung*, concepita come motore di uno sviluppo sociale assiologicamente determinato.

sione come la sola esatta, bensì, possibilmente, a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore in quanto corrispondono alla norma da applicarsi anche se una soltanto... diventa diritto positivo»⁽⁹⁾.

Se ora torniamo a quanto dicevo all'inizio a proposito della rivincita delle ragioni di Antigone, in fondo Kelsen, pur emancipando il diritto dalla politica, nel considerare l'imperativo della purezza rivolto solo alla scienza, libera il diritto da ogni preoccupazione per la giustizia; esso, come un sistema dinamico in cui tutto è normificabile, purché nella forma e nello schema prescritti, tornava a farsi (si v. per tutti Capograssi) implicito sostenitore di Creonte, inteso come potere di porre in essere l'ordinamento giuridico e nel considerare la giustizia, appunto, un'ideale irrazionale e comunque non inerente alla natura del diritto. Ho detto anche, all'inizio, che il lavoro di Stolfi è un esempio cospicuo di pensiero analitico avente ad oggetto le pratiche discorsive del diritto; ma potremmo ricondurre il pensiero che è sotteso a questo libro al non-cognitivismo etico caratterizzante, in via di principio, il pensiero analitico contemporaneo? Con il che il suo pensiero resterebbe confinato dentro il perimetro tracciato da Kelsen al normativismo neopositivistico del Novecento. Ma è qui che la mossa di Stolfi, da una prospettiva che si nutre dell'esperienza giuridica romana e della retorica sia antica sia moderna (soprattutto nella linea Perelman), spiazzata la prospettiva di comprensione del fenomeno giuridico. E fa ciò aprendo, da un lato il metodo sistematico alla topica vico-viewegiana, e dall'altro lato alla riabilitazione (espressione usata in Germania per la 'riabilitazione della filosofia pratica', in un volume famoso curato da Ilting) di quel tipo di pensiero contenutistico e valoriale, sapere ermeneutico cioè, che Kelsen considerava estraneo alle ragioni della *reine Rechtslehre*; sapere che, invece, oggi sembra esatto dalla struttura stessa delle nostre costituzioni. Nella triade interpretare, argomentare, deliberare che occupa la parte finale del libro, nel pensiero di Stolfi è in opera, né una 'dottrina pura' né una assiomatica matematizzante, bensì la rivendicazione di una competenza o anche scienza che non rinuncia alla *phronesis*. Un sapere pratico, dunque, ben nutrito di competenze tecniche o specialistiche, che serve alla buona decisione (la norma) ossia alla deliberazione; che è buona perché si basa su una correttezza (perché essenzialmente dialogica, di bilanciamento tra operatori giuridici) interpretazione del diritto nella contingenza in cui la prassi è necessariamente immersa (la *phronesis* ha uno statuto ermeneutico che da Aristotele arriva fino a Gadamer), ma che risulta anche persuasiva nei confronti dei 'cooperatori' (il bilanciamento e l'equilibrio tra valori e poteri), dei 'destinatari' (giudici, ecc.), e dei consociati in genere.

(9) KELSEN, *La dottrina pura*, cit., pp. 95-96.

MARIO LIBERTINI

PASSATO E PRESENTE DEL DIRITTO COMMERCIALE

(A proposito di tre libri recenti)

1. Premessa. — 2. *La Historia del derecho mercantil* di Carlos Petit. — 3. *La modernización del derecho mercantil*, a cura di Jaime Alcalde Silva e José Embid Irujo. — 4. «*Non più satellite*». *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di Italo Birocchi. — 5. Storia e prospettive del diritto commerciale: una riflessione sullo stato dell'arte.

1. *Premessa.*

Questo commento nasce dalla lettura di tre libri recenti, diversi per impostazione ma accomunati dall'interesse verso la storia del diritto commerciale, inteso sia come insieme di norme destinate alla disciplina delle imprese e dei mercati sia come disciplina accademica⁽¹⁾.

I tre libri di cui si discute esaminano la materia da tre prospettive diverse: il libro di Petit contiene un'ampia trattazione della storia del diritto commerciale, nei due aspetti sopra indicati, dal Medio Evo a fine Ottocento; il volume collettaneo commemorativo del 150° anniversario del codice di commercio cileno contiene una riflessione comparatistica, di ampio raggio, sull'evoluzione (soprattutto, ma non solo, legislativa) del diritto commerciale, con particolare riguardo ai secoli XIX e XX; il volume curato da Birocchi è incentrato su un'esperienza culturale prettamente italiana, che è quella della formazione, negli ultimi decenni del sec. XIX, di un orientamento dottrinale volto a rivendicare l'autonomia scientifica della disciplina, emancipandola da una posizione «satellitare» rispetto al diritto civile.

L'intreccio delle riflessioni provenienti da queste tre diverse angolature consente di compiere passi avanti nella comprensione della

(1) C. PETIT, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016; *La modernización del derecho mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*, J. Alcalde Silva, J.M. Embid Irujo (dirs.), Madrid, Marcial Pons, 2018; «*Non più satellite*». *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, ETS, 2019.

vicenda della nascita ed evoluzione della disciplina del diritto commerciale ed anche di formulare qualche riflessione più matura sull'attuale stato della stessa.

Prima di giungere alle conclusioni, è però opportuno dare conto brevemente dei temi trattati in ciascuno dei tre volumi.

2. *La Historia del derecho mercantil di Carlos Petit.*

Il libro di Carlos Petit, che ha già suscitato commenti e apprezzamenti anche in Italia⁽²⁾, si presenta, nel titolo, come una storia «classica» del diritto commerciale, cioè come espressione di un genere letterario il cui modello è stato disegnato dalla *Universalgeschichte* di Levin Goldschmidt (1864). In realtà, il «genere» è declinato da P. in modo originale: anzitutto si tratta di una storia incentrata (anche se non esclusivamente) sull'esperienza spagnola (scelta di grande interesse, se si considera che, per alcuni dei secoli trattati, la Spagna era forse la maggiore potenza economica mondiale); in secondo luogo, l'esposizione di P. non vuol presentare una storia lineare, ma rappresenta vividamente, in una serie di capitoli monografici, momenti cruciali di evoluzione della disciplina, con l'intento di metterne in luce elementi di continuità e, soprattutto, di discontinuità.

2.1. La prima parte del libro contiene una brillante rappresentazione della cultura dei mercanti all'epoca dell'*Ancien Régime*; questa parte è costruita sull'esame di diversi «libri di commercio» italiani, francesi, inglesi, spagnoli, ma anche di epistolari privati di commercianti. Da queste fonti si evince che lo *ius mercatorum* era espressione di una cultura propria del ceto mercantile, comune in tutta l'Europa cristiana; quindi di un contesto culturale molto diverso da quello che, secoli dopo, diede vita al «diritto mercantile». Lo *ius mercatorum* si inseriva in una visione di ordine naturale delle cose, in un contesto culturale che non separava il diritto dall'etica e dalla religione cristiana. Giusnaturalismo e carattere universale della *lex mercatoria* ac-

(2) V., in particolare, F. MIGLIORINO, *Storie d'arte e di carte. La tavola messicana della "Virgen del Carmen" di un mercante e la biblioteca di un codificatore dell'età liberale*, in «Quaderni fiorentini», 2017, p. 995 e ss.; nonché A. MONTI, *La prospettiva storica nel diritto commerciale. Osservazioni a margine di un incontro di studio*, in «Rivista delle società», 2019, p. 881 e ss., che dà conto non solo del libro di Petit, ma anche delle recensioni ad esso dedicate in vari Paesi, nonché della discussione sull'opera svoltasi nel seminario milanese richiamato nel titolo (recensioni e discussioni molto elogiative). Lo scritto di M. sottolinea altresì, particolarmente, la permanente attualità dell'attenzione della dottrina giuscommercialistica verso i profili storici della disciplina.

compagnano dunque il diritto commerciale delle origini (e, potrebbe dirsi, hanno fornito radici, mai completamente recise, alla storia successiva della disciplina).

In quel contesto la consuetudine mercantile era *ius proprium*, contrapposto allo *ius commune* romano-canonico ma anche al diritto regio, «comune» anch'esso in tutto il territorio del Regno. In questo assetto consuetudinario, un peso centrale era dato al processo mercantile, concepito come rito informale e di equità, caratterizzato dal rifiuto della *justicia letrada*. Sul piano sostanziale, un peso centrale era attribuito alla *amistad mercantil*, cioè alla solidarietà e lealtà corporativa, come principio ordinante posto al di sopra delle regole giuridiche vere e proprie (particolarmente interessante la sottolineatura di questo fondamento etico solidaristico, di fiducia reciproca interna al ceto mercantile, come base delle regole della circolazione cambiaria). In tale contesto il ricorso ai tribunali, ancorché corporativi, appariva, in linea di principio, disdicevole. L'idea dominante era che le controversie andassero risolte mediante formule flessibili e compromessi.

Questa cultura dello *ius mercatorum* — ordinata, religiosa, corporativa, ancora estranea alla formazione universitaria — vedeva la società commerciale come una versione mercantile del governo domestico (significativo anche l'uso plurisecolare del termine «casa di commercio»). P. sviluppa in modo brillante una tesi già nota, secondo la quale quella che oggi chiamiamo impresa familiare costituisce l'archetipo della società (compagnia) mercantile, anche per ciò che riguarda il ruolo del capo — *pater familias* (ancora nelle Ordinanze di Bilbao del 1737 l'accomandita era peraltro la forma tipica principale di società commerciale). L'*intuitus personarum* rispondeva ad una logica familiare. Il termine *affectio (societatis)* esprimeva in modo appropriato il vincolo fra soci, piuttosto che il termine *consensus*, proprio degli scambi contrattuali.

Negli scritti mercantili dell'epoca si esprime anche una tensione fra la cultura del commercio e quella nobiliare (con un'attestazione di superiorità morale della prima, di contro all'altra, fondata sulla percezione di rendite, con le relative inclinazioni dissipatorie).

Un altro aspetto peculiare della cultura dei mercanti era costituito dal fatto che la loro era comunque una professione «colta» (che non poteva fare a meno della scrittura, dei numeri e delle lettere), anche se il patrimonio di cultura professionale di base era allora acquisito, dagli esponenti del ceto, al di fuori dei circuiti educativi universitari.

2.2. La seconda parte del libro di Petit è tesa a dimostrare come la cultura dello *ius mercatorum* si mantenne a lungo per la solidità di alcune strutture giuridiche, che erano state concepite in un contesto in cui il diritto era ancora un fenomeno non statale. Da questa se-

conda parte in poi, l'indagine si basa quasi esclusivamente su fonti spagnole.

Una struttura normativa fondamentale era costituita dalla condanna dell'usura, e in genere dello scambio di una cosa per un corrispettivo superiore al giusto prezzo. Si affermava però progressivamente l'idea della compatibilità con il divieto delle usure di un equo interesse nelle negoziazioni mercantili.

Un'altra struttura fondamentale era la corporazione d'arti e mestieri. L'appartenenza alla corporazione era un inquadramento necessario per l'esistenza stessa della figura sociale del mercante. È interessante qui la descrizione della rivitalizzazione delle corporazioni, in Spagna, in piena età moderna (XV e XVI sec.), e proprio per impulso della monarchia nazionale, che nel frattempo si affermava. Fenomeno che, apparentemente, è in controtendenza con la narrazione corrente, che descrive l'affermarsi dello Stato moderno, nello stesso arco temporale, come causa del progressivo declino delle corporazioni.

Aspetto centrale dell'ordinamento corporativo era la costanza del privilegio di una giurisdizione speciale per gli affari dei mercanti⁽³⁾. Il giudice mercantile non era certo un «servo della legge», ma piuttosto un interprete autonomo dell'equità, cioè di una ritenuta essenza normativa insita nella natura delle cose. Il foro mercantile consentiva procedure molto rapide e tendenzialmente orali, svolte senza ausilio di difesa tecnica e concluse con ordinanze sintetiche. Il processo di inserimento di giuristi di professione nei collegi consolari, a cominciare dalle cause di appello, si affermò lentamente.

Questa parte della trattazione si arricchisce di descrizioni analitiche della storia di alcune istituzioni (amministrative e giudiziarie insieme), che svolsero un ruolo centrale nei secoli di maggior successo del dominio coloniale spagnolo. Tale la *Casa de la Contratación de Indias* di Siviglia (1503-1790) e il *Consulado y Casa de la Contratación* di Bilbao, istituito nel 1511 e destinato ad avere un ruolo centrale per la pubblicazione delle *Ordenanzas de Bilbao* (1737), che svolsero, in pratica, la funzione di prima codificazione del diritto commerciale per la Spagna e le colonie (e, come tali, sono ampiamente descritte nel libro), fino all'emanazione del codice di commercio statale nel 1829.

2.3. La terza parte del volume illustra le iniziative svolte dalla Corona spagnola nell'ambito della politica mercantilista dei secoli XVII e XVIII.

⁽³⁾ Il libro di Petit insiste felicemente sul punto. Malgrado ciò, è probabilmente ancora attuale il giudizio di A. CARACAUSI, *Procedure di giustizia in età moderna: i tribunali corporativi*, in «Studi storici», 2008, p. 323 e ss., secondo cui «la pratica giudiziaria adottata nei tribunali commerciali rimane ancora nell'ombra... [e] gli studi inerenti la procedura ivi applicata sono pressoché inesistenti».

In questo periodo alle società, modellate sull'esempio delle imprese familiari, si affiancano «reali compagnie» create dal governo centrale: veri e propri enti morali, governati sulla base degli atti fondativi. La trattazione di P. si svolge con dettaglio filologico, illustrando la varietà di regole applicate a queste nuove figure. In particolare, l'affermazione della responsabilità limitata si ebbe solo sotto l'influenza francese, nell'Ottocento (ancora nel 1843 una decisione governativa negava il beneficio della responsabilità limitata ad una s.p.a. di nuova costituzione, perché la stessa risultava avere uno scopo puramente speculativo).

Nel corso del XVII e del XVIII secolo si attua inoltre un movimento di sostituzione delle tradizionali corporazioni con nuove entità associative (consolati: sorta di camere di commercio) costituite nelle sedi di maggiore importanza commerciale e poste sotto il controllo della Corona. In esse si attua anche un'evoluzione della giurisdizione mercantile, con l'inserimento di «assessori» di formazione giuridica (ma ancora con un processo informale).

Lo spirito mercantilista si manifesta pienamente con la costituzione del Banco de San Carlos, società per azioni a controllo pubblico con finalità di raccolta di capitali (non di depositi) e di esercizio del credito. La storia di questo istituto è analizzata in modo dettagliato.

Questa parte del libro si conclude con un capitolo (XI), un po' eterogeneo rispetto ai precedenti, perché volto a illustrare non tanto le iniziative mercantilistiche del Regno, ma un fenomeno di mercato di dimensione europea; cioè il fatto che, negli stessi secoli XVII e XVIII, si realizza il massimo impiego della circolazione di effetti cambiari, anche al di fuori delle negoziazioni mercantili. La narrazione accompagna il progressivo affermarsi delle regole di protezione della circolazione cambiaria, a cominciare dal fatto che, tra la fine del XVI secolo e l'inizio del successivo, si era affermata con varie fonti, in tutta Europa, la regola per cui i giranti rispondevano personalmente nei confronti del portatore del titolo. Anche se ricco di riferimenti tecnico-giuridici, si tratta comunque di un capitolo che, come la prima parte del libro, è brillante nell'impiego di fonti letterarie e cronachistiche (con l'illustrazione di disavventure in cui incorsero, per aver girato cambiali, Giacomo Casanova e Lorenzo Da Ponte).

2.4. La quarta, e ultima (nonché più lunga) parte del volume è destinata alla formazione del moderno diritto commerciale in Spagna.

Con il XIX sec. l'antico *ius mercatorum* cede il passo al diritto commerciale contemporaneo, inteso come insieme di norme speciali nell'ambito dell'unitario ordinamento statale.

Questo passaggio viene illustrato, in primo luogo, sul piano costituzionale. La carta costituzionale americana (1787), e poi quelle francesi (1791-3), avevano sancito la libertà di commercio. Il principio fu importato in Spagna nella carta costituzionale napoleonica di Bayona

(1809) e in quella monarchica successiva (Cádiz, 1812). Ma, a differenza della Francia, non furono abolite formalmente corporazioni e giustizia consolare. Dopo la parentesi della Restaurazione, la libertà di commercio fu ripristinata nel 1836.

In quel momento il diritto commerciale spagnolo aveva già una solida tradizione normativa, sancita dalle Ordinanze di Bilbao, e questa trasmigrò nel nuovo ordine. Per questo aspetto P. ridimensiona l'idea — a suo tempo accreditata, per esempio, da Galgano — di una *lex mercatoria* spontanea, che, a un certo punto della storia, viene assorbita e sostituita dall'ordinamento statale con le sue fonti rigide. L'organizzazione corporativa e la giurisdizione speciale furono infatti mantenute per parecchio tempo, pur essendo difficilmente compatibili con l'affermata unità dell'ordinamento.

In questo clima maturò rapidamente il codice di commercio spagnolo del 1829, facilitato dal fatto che il diritto commerciale godeva già di una sua forte tradizione tecnico-normativa in Spagna e che, per altro verso, era a tutti presente il modello del *code de commerce* francese del 1807. Il progetto di codice di commercio spagnolo fu commissionato, con decreto reale, a Pedro Sainz de Andino, dipinto da P. come giurista mediocre e personaggio opportunistico (numerose pagine sono però dedicate a descriverne la formazione culturale e la biblioteca). Il codice fu oggetto di parecchi giudizi elogiativi, in patria e all'estero (fra l'altro, ebbe i complimenti di Pardessus); ma ciò, secondo P., più per il fatto stesso della sua esistenza che per meriti intrinseci.

Ben presto, poi, il codice cominciò ad essere criticato, in primo luogo per il compromesso fra libertà di commercio e mantenimento di tradizionali privilegi. Inoltre, il codice era viziato da arcaismo: conteneva disposizioni troppo minute sul traffico marittimo, ma ignorava istituti più moderni, come la negoziazione di borsa o le privative industriali. Altri istituti erano disciplinati in modo antiquato, come la cambiale (per la quale rimaneva il requisito della *distantia loci*) o l'assicurazione (limitata a poche figure speciali). La stessa acquisizione della qualità di commerciante dipendeva ancora dall'iscrizione nella matricola.

Per certi versi il Codice compieva però anche scelte originali. Sul piano delle fonti, non attribuiva peso all'uso commerciale. Nella disciplina della società anonima non erano previste azioni al portatore e non era richiesta l'autorizzazione governativa per la costituzione, ma solo l'omologazione degli statuti da parte del Tribunale di Commercio. Nel 1848, con legge speciale, fu introdotta tardivamente l'autorizzazione governativa per la costituzione di s.p.a. (con la motivazione di volersi adeguare al regime allora vigente negli altri paesi europei; regime che però, proprio in quel tempo, cominciava ad essere soggetto

a forti critiche, che nei decenni successivi portarono alla sua abrogazione).

Nel 1855 fu emanato il Codice di procedura civile spagnolo. La questione del mantenimento della giurisdizione mercantile speciale fu tra le più dibattute (come del resto avveniva in altre parti d'Europa). Anche in Spagna appariva anacronistico un foro privilegiato dei commercianti. Fu imposta dunque la presenza, in ogni collegio giudicante, di un giurista di professione, fino a che si giunse all'abolizione definitiva dei tribunali di commercio nel 1868 (vent'anni prima che in Italia).

Con l'abolizione dei tribunali di commercio, anche la giustizia mercantile entrava nell'ambito del monopolio dei giuristi di professione. Si compiva così il passaggio dallo *ius mercatorum* al diritto mercantile statale e questo veniva cooptato fra le discipline giuridiche insegnate nelle Università (anch'esse divenute, nel frattempo, statali).

L'ultimo capitolo del libro di P. è dedicato proprio ad una descrizione, analitica ma vivace, dei primi manuali spagnoli di diritto commerciale ottocenteschi (con particolare attenzione a quello di Edoardo Soler⁽⁴⁾) e dei primi procedimenti di assegnazione di cattedre universitarie di diritto commerciale, che andarono a giuristi già esperti in altre materie, che alla nuova disciplina si avvicinavano con approccio legalista, ma anche con una crescente attenzione verso le dottrine straniere, fra cui, in posizione di evidenza, quella italiana (in quei primi concorsi il candidato doveva produrre, come titoli, la conoscenza di una serie di opere riguardanti la disciplina da insegnare).

3. La modernización del derecho mercantil, a cura di Jaime Alcalde Silva e José Embid Irujo.

Il volume cileno sulla *Modernización del derecho mercantil* si fa apprezzare, anzitutto, per l'ampiezza del suo programma, che è quello di una ricerca comparatistica a 360° sull'evoluzione del diritto commerciale. La trattazione, pur non mancando di riferimenti alla storia precedente del diritto commerciale, è principalmente rivolta alla storia contemporanea della materia. In questo senso va intesa l'espressione

(4) Il tema è stato oggetto di approfondimento in C. PETIT, *Egoismo e diritto commerciale. Testi e contesti del Manual di Edoardo Soler (1882)*, in "Non più satellite", nt. 1, p. 359 e ss. P. nota ed apprezza, nel manuale di Soler, «un approccio che non si fermava alle fonti, giacché Soler rimproverava agli autori che lo avevano preceduto la prospettiva legalista, l'indifferenza di fronte alle questioni teoriche, l'omissione degli usi di commercio, l'oblio della bibliografia specializzata e della giurisprudenza dei tribunali».

Modernización, che esprime un programma di ricerca sul « presente come storia » del diritto commerciale.

Ne è venuto un volume collettaneo, frutto del lavoro di 32 autori (14 dei quali docenti in università cilene). L'intento di onorare l'anniversario del codice di commercio cileno è stato dunque perseguito nel migliore dei modi, con il duplice messaggio di collocare quel codice in un processo mondiale di affermazione della disciplina nel XIX secolo ed insieme di storicizzarne carattere e ruolo, come testo formalmente sopravvissuto in un contesto, sempre mondiale, di continua e profonda evoluzione.

Naturalmente, in un volume collettaneo di questa portata, non poteva mancare qualche squilibrio. Così, alcuni (pochi) contributi nazionali si riducono a semplici sintesi della disciplina legale relativa. Qualche contributo è poi eccentrico rispetto alla linea generale del volume (per esempio, un lungo e minuzioso — e pur interessante — saggio sul progetto di legge-modello per la società per azioni semplificata nell'America Latina). Ciò non sminuisce, tuttavia, il merito dell'opera, che fornisce un ampio quadro, che oggi non sembra trovare paragonabili riscontri a livello comparatistico. Si tratta di un'opera che, dunque, va a sicuro merito dell'Università cilena⁽⁵⁾.

3.1. La prima parte del volume è volta ad inquadrare il codice di commercio cileno, nella sua origine storica e nella sua attuale vigenza, nel quadro complessivo dell'evoluzione del diritto commerciale.

Il capitolo inizia con una sintesi generale della storia della disciplina, dal Medio Evo alle codificazioni ottocentesche (Perona Tomás) e con un saggio sui principi cardinali dei codici di commercio (Carvajal Arenas), invero riduttivamente individuati nell'autonomia della volontà e nella buona fede.

Prosegue poi con un interessante saggio (Zuloaga Ríos) sulle tendenze generali (a livello mondiale) della legislazione mercantile, ove si segnala come prevalente la tendenza all'armonizzazione sovranazionale (con strumenti di *hard* o di *soft law*), ma si riconosce anche una vivace tendenza alla codificazione o ricodificazione della materia. Da questo punto di vista l'alternativa fra codice unico civile/commerciale e codice separato si divide il campo, senza presentare però riflessi precisi di differenziazione, sul piano delle discipline sostanziali dettate.

⁽⁵⁾ Qui può ricordarsi che la storiografia giuridica cilena ha una elevata reputazione ed ha espresso opere importanti, come la monumentale *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* di A. GUZMÁN BRITO (2006) che, tuttavia, non risulta particolarmente valorizzata nel volume in commento. Devo questa segnalazione alla cortesia del prof. G.B. Portale.

Questa prima parte si conclude con un capitolo sui contributi Uncitral all'armonizzazione internazionale del diritto commerciale e con un contributo (Bercovitz Rodríguez-Cano) sui lavori in corso per la ricodificazione del diritto commerciale in Spagna, che dovrebbe essere incentrata sullo statuto dell'imprenditore e sulle regole di funzionamento dei mercati. Interessanti le notazioni sull'ampiezza della materia, oggi ben maggiore, sotto il profilo della dimensione dei fenomeni sociali regolati, di quella che è oggetto di norme di puro diritto civile. Interessante anche la notazione secondo cui una codificazione chiara e coerente con la realtà economica è tuttora preziosa per l'attività delle imprese.

3.2. La seconda parte del volume è dedicata alla *Modernización* del diritto commerciale in Europa.

La sezione inizia con un saggio di contenuto generale (Embido Irujo), che muove dalla riflessione secondo cui la continuità storica della disciplina, dal Medio Evo ai giorni nostri, può cogliersi solo ad un livello generalissimo di riconoscimento della necessità di discipline proprie per le imprese e i mercati, mentre per tutto il resto prevalgono gli elementi di discontinuità. In questo quadro si nota attualmente, come tendenza generale, quella alla frammentazione della disciplina in diversi segmenti, ciascuno dei quali di complessità crescente, con relativa tendenza alla specializzazione estrema degli studi dottrinali.

Poste queste premesse, l'a. nota come la stessa denominazione «diritto mercantile» abbia ormai un sapore arcaico e come da più parti si sia tentato di sostituirla con altre (*Droit des affaires*, *Unternehmensrecht*, ecc.), nessuna delle quali si è però affermata, neanche al livello di singole nazioni⁽⁶⁾. In qualche paese l'espressione originaria (*Commercial law*, *Handelsrecht*) ha subito una restrizione di significato, riferendosi solo ad una parte (per lo più, la contrattazione commerciale) del contenuto complessivo tradizionale della disciplina.

Nella maggior parte dei paesi europei si tiene ferma però, almeno a livello dottrinale, l'unità della disciplina. Il centro organizzatore di questa è ormai passato, da tempo, dal «commercio» alla «impresa». L'a. nota, tuttavia, che nessuna dottrina è riuscita a costruire una «parte generale» del diritto commerciale incentrata sul concetto di impresa. Piuttosto si deve osservare che l'impresa non è più da sola un concetto sufficiente a costituire il centro organizzatore della disciplina, perché altrettanta, se non maggiore, importanza è ormai assunta dal mercato e dalla concorrenza.

(6) Per ulteriori informazioni sul punto v., nella dottrina italiana, G.B. PORTALE, *Dal Codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in «Riv. dir. comm.», 2019, I, p. 79 e ss.

Può dirsi dunque che oggi, in Europa, il diritto commerciale è diritto delle imprese e dei mercati.

Tra le fonti continua ad essere predominante la legge, tendenzialmente sempre più dettagliata, anche per il flusso di normazioni secondarie; fa eccezione solo il commercio internazionale, ove continua a prevalere la consuetudine. In tutti i campi si nota però un protagonismo crescente della *soft law*.

Sul piano del metodo, il diritto commerciale continua ad essere caratterizzato, secondo tradizione, da una specifica attenzione alla realtà economica dei fenomeni studiati; ciò avrebbe consentito anche — secondo E.I. — una facile assimilazione degli strumenti dell'analisi economica del diritto da parte dei cultori della disciplina. Sotto altro profilo, si deve ritenere invece ormai superata la consueta qualificazione del diritto commerciale come diritto speciale rispetto al civile; ciò non solo perché, sul piano dei contenuti, il primo ha ormai una maggiore ricchezza normativa e istituti completamente estranei alla normativa civilistica, ma anche per la crescente inserzione, nella disciplina delle imprese e dei mercati, di elementi di diritto pubblico.

Il saggio di E.I. si conclude con l'osservazione secondo cui il futuro della disciplina si presenta incerto, a fronte della frammentazione dei contenuti e della mancanza di una elaborazione sistematica condivisa.

3.3. La sezione dedicata al diritto europeo prosegue con diverse relazioni nazionali.

Quella tedesca (Spindler), dopo aver tracciato la storia della codificazione mercantile unitaria tedesca nel corso del XIX secolo, nota come lo *Handelsgesetzbuch* del 1900, tuttora vigente, copra ormai una parte residuale della disciplina, che oggi è contenuta in una pluralità di norme speciali, molte delle quali di derivazione europea. Secondo S. sono però rimasti in vigore alcuni principi generali del diritto commerciale codificato, che a loro volta erano radicati in quello del XVIII secolo: rapidità e affidabilità delle transazioni commerciali (cioè riduzione dei costi transattivi), bassi standard di protezione del contraente a favore della sicurezza dei traffici (a differenza di quanto poi avvenuto con la legislazione speciale più recente, in particolare quella a tutela dei consumatori).

La relazione spagnola (Esperanza Sobejano) muove anch'essa dalla considerazione che il vigente codice di commercio (1885) è nato vecchio e non è stato migliorato con gli anni; anzi, ha perduto col tempo buona parte dei suoi contenuti originari. Nel 2006 è stata costituita una commissione per un nuovo codice di commercio che dovrebbe ricomporre in sé — come è avvenuto in Francia nel 2000 — materie oggi sparse in corpi legislativi separati. Dovrebbe nascere un nuovo diritto privato del mercato. Tuttavia, la dottrina civilistica (e il Consiglio di Stato) hanno fatto resistenza contro l'idea di un diritto

privato del mercato che farebbe venir meno la centralità della disciplina civilistica del contratto, per cui si è creata una *impasse*, il cui superamento è ancora incerto.

La relazione francese (Conac) muove dalla descrizione del lungo processo di decodificazione, che aveva ridotto il *Code de commerce* del 1806 a contenitore semivuoto, e del successivo processo di ricodificazione, che ha portato al *Code de commerce* del 2000 (dal quale però è rimasto fuori il *Code monétaire et financier*). L'a. nota come il nuovo codice unitario sia costituito piuttosto da un assemblaggio di leggi speciali precedenti, con tenui legami fra le diverse parti del Codice. Questo manca di unità intellettuale e la sua approvazione non ha rallentato il processo di continua riforma della legislazione vigente.

La relazione italiana è stata affidata ad Alfredo Ferrante (giurista di formazione italiana, professore di Diritto privato nell'*Universidad Alberto Hurtado* di Santiago del Chile). Il saggio inizia con un *excursus* storico, che va dalle origini al codice di commercio del 1882. A quella data il diritto commerciale italiano aveva acquistato una forte identità per il confluire di tre fattori: pratico, ideologico ed accademico. La seconda fase del diritto commerciale italiano contemporaneo è quella che si conclude con il Codice civile unitario del 1942. Questo ha unificato le fonti ed ha così indebolito la precedente autonomia «giuridica» del diritto commerciale. Dopo il 1942 si assiste, nella dottrina italiana, ad una rivendicazione del primato del diritto civile (qualificato come diritto «primo» rispetto ad altri diritti «secondi»). Per contro, non mancano rivendicazioni di attualità ed autonomia di un diritto commerciale divenuto «diritto dell'impresa». Tuttavia, le norme su impresa e società soffrono di un continuo cambiamento legislativo, divenuto — secondo F. — una sorta di patologia giuridica. Elevato tecnicismo e legislazione alluvionale caratterizzano la materia, finendo per sminuire il ruolo della giurisprudenza, rispetto a quanto accede per il diritto civile. Il collegamento fra diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, affermatosi negli anni Settanta, è stato progressivamente abbandonato. Oggi il diritto commerciale italiano — secondo F. — ha un grande peso pratico, ma si è indebolito sul piano accademico, avendo ceduto molti suoi contenuti ad altre discipline.

3.4. La terza parte del volume è dedicata alla *Modernización* del diritto mercantile in America.

La sezione inizia con un saggio di carattere generale (Morles Hernández), che è soprattutto uno studio di storia della legislazione. L'a. nota come, in tutti i paesi latinoamericani, si assista ad uno smembramento in leggi speciali delle materie regolate dai codici di commercio ottocenteschi. Tuttavia, accanto al prevalente fenomeno della decodificazione, si assiste anche a fenomeni in controtendenza: l'unificazione dei codici di diritto privato, secondo il modello italiano, e il tentativo di rilanciare un codice di commercio onnicomprensivo, secondo il

modello francese. Queste tendenze meritano apprezzamento, secondo l'a., che trae, anche dalle esperienze europee, la convinzione della attualità del processo di codificazione del diritto mercantile. Questo — secondo M.H. — conserva comunque, in tutti i paesi, la sua vocazione storica di pioniere di innovazioni normative e di complesso di regole di carattere internazionale.

La relazione argentina (Cracogna) muove dal codice di commercio del 1862, costruito secondo il modello dell'epoca, di derivazione francese, e adottato anche in Paraguay e Uruguay. Nel sec. XX anche questo codice era stato investito da una marcata tendenza alla decodificazione commerciale. Tuttavia, sin dalla metà del secolo, una forte corrente della dottrina, soprattutto giuscommercialistica, proponeva l'unificazione del diritto privato, secondo l'esperienza svizzera e italiana. Questa proposta è lentamente maturata, fino a trovare sostanziale accoglimento nel nuovo *Código Civil y Comercial*, entrato in vigore nel 2016. Il codice argentino ha unificato soprattutto la disciplina dei contratti, eliminando altresì alcuni capisaldi della vecchia legislazione commerciale (come gli atti di commercio). Come in Europa, si tende a riconoscere che l'impresa è il nuovo asse portante del diritto commerciale. Le discussioni dottrinali oscillano — secondo uno schema ben noto in Europa — fra chi parla di perdita di identità di un diritto commerciale ormai assorbito nel diritto civile e chi parla di commercializzazione del diritto privato. In ogni caso, il codice argentino — secondo C. — è una importante testimonianza di fiducia, ancora attuale, nella codificazione razionalista di tipo ottocentesco⁽⁷⁾.

La relazione brasiliana (Maffioletti) descrive un processo analogo. Il Brasile è passato dal Codice di commercio del 1850 ad un Codice civile unitario secondo il modello italiano (2002). L'unificazione del diritto delle obbligazioni non ha portato alla soppressione dell'autonomia delle regole sulla contrattazione mercantile. I contenuti giuscommercialistici del nuovo codice hanno suscitato diverse critiche di dettaglio, tanto che alcuni propongono il ritorno ad un codice di commercio separato. Secondo M. è preferibile pensare ad alcune riforme parziali di alcuni contenuti, con il mantenimento dell'assetto attuale. Il problema principale è dato dall'esigenza di ammodernare continuamente la disciplina, per tener dietro al crescente dinamismo dei mercati⁽⁸⁾.

(7) Per ulteriori riferimenti alla discussione nel codice argentino, V. PORTALE, *Dal codice civile del 1942*, cit., pp. 87-88, che manifesta apprezzamento per l'opinione secondo cui questo codice costituisce un interessante tentativo di codificazione "per principi".

(8) Per una trattazione più approfondita sul tema, cfr. ivi, p. 83 e ss.; e ancor più, G.B. PORTALE, *Il diritto privato tra "fusioni" e "scissioni" dei codici*, in «Riv. dir. comm.», 2018, I, p. 1 e ss.

La relazione statunitense (White) contiene una dettagliata storia dell'*Uniform Commercial Code* americano, la cui prima versione fu completata, dopo lunga gestazione, nel 1951. Interessante il rilievo per cui, nei decenni precedenti, ad una spinta favorevole degli ambienti imprenditoriali interessanti, corrispose l'opposizione iniziale del ceto forense (che temeva una perdita di ruolo degli avvocati nel mondo degli affari).

Alla Colombia sono dedicati due saggi (Albán e Albán-Camargo Agudelo), alquanto eccentrici perché aventi ad oggetto problemi di diritto applicato colombiano. Gli scritti si notano però anche per l'insistita professione di fede nel libero mercato, con critiche aspre contro la tendenza al dirigismo e alla moltiplicazione di norme imperative.

La relazione messicana (Méjan Carrer) nota come il Codice di commercio del 1890, ancora formalmente in vigore, sia stato quasi completamente svuotato dalla legislazione speciale successiva. La situazione è complicata dal riconoscimento della competenza concorrente dei singoli Stati in diverse materie. Lo scritto si chiude con la rilevazione di alcune tendenze evolutive attuali: il crescente intervento pubblico (soprattutto in materia ambientale); la contrattazione di massa; l'uso crescente delle tecnologie informatiche nella contrattazione; la globalizzazione e l'internazionalizzazione, che richiama le radici storiche del diritto mercantile.

La relazione peruviana (Carbonell O'Brien) nota in avvio come il commercio, sin dalle origini della sua storia, sia stato intrecciato con il diritto, nel senso che sempre ha avuto bisogno di norme giuridiche di regolazione degli scambi. Tuttavia, solo con le corporazioni medievali il diritto commerciale comincia ad apparire come un fenomeno dotato di caratteristiche proprie, e solo nel XIX secolo è riconosciuto come disciplina giuridica autonoma. In quel torno di tempo il Perù si emancipa formalmente dal diritto spagnolo e si dota di codici di commercio propri (1853, 1902), scritti però secondo la falsariga dei codici spagnoli allora vigenti. Ambedue questi codici hanno presto perduto gran parte della loro attualità, per il sopravvenire di leggi speciali. In realtà, il diritto commerciale moderno, come diceva Joaquín Garrigues, non è più il diritto del commercio, ma un aggregato di diverse materie eterogenee. In Perù sono avviati i lavori per un codice rinnovato, incentrato sul concetto di impresa, che — secondo l'a. — dovrebbe essere intesa non tanto come attività quanto come istituzione. I principi generali tradizionali del diritto commerciale (rapidità delle contrattazioni, *favor creditoris*) rimangono validi, ma la nuova codificazione dovrebbe tenere conto del fatto che molti principi nati nel campo giuscommercialistico (p.e. produzione automatica di interessi nelle obbligazioni pecuniarie, correzione di contratti squilibrati) sono oggi contenuti nel Codice civile del 1984. La nuova codificazione do-

rebbe dunque prendere atto di un fenomeno mondiale (con l'eccezione del Messico), qual è quello della generalizzazione delle regole commercialistiche nell'ambito del diritto privato, e dovrebbe lasciare il dovuto spazio alla tendenza ineluttabile all'internazionalizzazione delle regole.

Concludono questa parte due capitoli di carattere informativo sulla legislazione in materia commerciale in Cina e in Giappone.

3.5. La quarta parte del volume ritorna sul Codice di commercio cileno, soprattutto per esaminare l'evoluzione dei suoi diversi contenuti normativi, nei 150 anni di vigenza dello stesso.

La sezione è introdotta da due saggi di carattere generale. Il primo (Barrientos Grandon) torna sulla storia della formazione del Codice di commercio cileno, rilevando come lo stesso sia stato parte di un più generale processo di codificazione concepito dal governo cileno dell'epoca, in un quadro che riconosceva pienamente la centralità del Codice civile. Il secondo (Guerrero Valenzuela) si sofferma sul processo di decodificazione, accentuatosi negli ultimi decenni, soprattutto con norme di protezione di consumatori e risparmiatori. Secondo G.V. il diritto commerciale attuale è irrigidito da troppe norme imperative, in contrasto con l'esperienza storica che ha visto nascere da consuetudini tutti gli istituti del diritto commerciale. Secondo l'a. le norme limitanti l'autonomia di chi ha investito nell'impresa e se ne è assunto il rischio sono divenute eccessive (la critica si estende anche all'asserito eccesso di norme a tutela delle minoranze azionarie). La sfida del diritto commerciale contemporaneo dovrebbe essere quella di tornare alla sua vocazione storica.

La sezione prosegue con capitoli, interessanti e approfonditi, su diverse materie (società, banche, assicurazioni, concorrenza, procedure concorsuali) e su un capitolo finale informativo sulle proposte di redazione di un nuovo codice di commercio.

4. «Non più satellite». Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento, *a cura di Italo Birocchi*.

Il terzo dei libri qui commentati, cioè quello curato da Italo Birocchi, si distingue nettamente dagli altri due perché ha carattere propriamente monografico. Esso è dedicato ad una specifica vicenda della cultura giuridica italiana: quella che, a cavallo fra gli ultimi decenni del XIX secolo e i primi del XX secolo, vide nascere una dottrina giuscommercialistica volta ad affermare, in senso forte, l'autonomia della disciplina.

Il libro contiene saggi di otto diversi autori, tutti storici di professione (con la formale eccezione di Mario Stella Richter, giurista positivo ma impegnato da diversi anni nella costruzione di una biografia di Tullio Ascarelli, condotta con rigore filologico degno di uno sto-

rico di professione). Il volume, certo anche per merito del curatore, contiene una trattazione più omogenea di quanto solitamente accade nei lavori collettanei; sicché può dirsi che il programma monografico si è felicemente realizzato e che l'opera fornisce un sicuro progresso nelle conoscenze della materia studiata.

4.1. Il volume inizia con due saggi introduttivi, che inquadrano il tema principale nella più generale storia della disciplina.

Il saggio introduttivo di Italo Birocchi muove dalla considerazione del fatto che il diritto commerciale è stato l'unico diritto speciale sopravvissuto alla statalizzazione del diritto francese nel XVII secolo⁽⁹⁾. In quel tempo, il diritto commerciale non si insegnava ancora nelle Università, ma era considerato, tutt'al più, un insegnamento tecnico-professionale. È questo il punto di partenza — collocato verso la metà del sec. XIX — dell'indagine svolta nel volume. Nel presentarne i diversi saggi, B. anticipa vari temi: la conquista dell'autonomia della disciplina, caratterizzata dalla rivendicazione di fonti, principi e metodi propri; il problema dell'inquadramento del diritto commerciale in quella che, all'epoca, era l'idea fondamentale di unità dell'ordinamento giuridico (nota B. che qualcuno [Thaller] propugnò l'idea di un diritto commerciale assorbito in un diritto civile modernizzato, in una linea di pensiero che porterà alla formula della «commercializzazione del diritto privato», mentre altri insistevano invece su una concezione separatista); il superamento dell'idea che la storia del diritto commerciale sia segnata da un *continuum* evolutivo.

Nel secondo saggio introduttivo, Pio Caroni afferma che si deve superare la corrente concezione del diritto commerciale come diritto speciale rispetto al diritto civile. Il diritto commerciale è strutturalmente diritto settoriale, in quanto disciplina delle attività economico-produttive, che come tali non esauriscono l'intera realtà sociale, mentre il diritto civile si esprime per norme e categorie generali; ma anche queste denotano la loro parzialità, nel momento in cui si applicano a soggetti sostanzialmente diseguali. La collocazione del diritto commerciale nel sistema giuridico dipende dalla posizione, storicamente prima marginale e poi progressivamente centrale, che le attività economiche produttive hanno assunto nella vita sociale. È impossibile leggere nel segno della continuità la storia del diritto commerciale. Il diritto commerciale e la dottrina che se ne occupa hanno uno statuto strutturalmente provvisorio e mutevole.

(9) «L'*Ordonnance de commerce...* è l'unica tra quelle di Luigi XIV che non conteneva la clausola abrogatoria delle norme previgenti: appunto per denotare che si innestava su una prassi e si poneva dialetticamente con essa senza pretendere di farne a meno» (p. 11).

L'ultima parte del saggio è dedicata all'opzione svizzera per il codice unico delle obbligazioni (1909). Questa fu spiegata, a suo tempo, in termini di modernizzazione e di democratizzazione del diritto. In realtà, l'unificazione del diritto delle obbligazioni non faceva certo diminuire le disuguaglianze sociali. Il vero è che codice unico o codici separati sono opzioni non decisive: il diritto commerciale rimane necessariamente un diritto settoriale, perché non tutta la vita sociale si riduce ad attività economico-produttive.

4.2. La parte più propriamente monografica del volume inizia con un denso saggio di Eloisa Mura, dedicato alla conquista dell'autonomia scientifica del diritto commerciale. A metà Ottocento si era già affermata l'idea del diritto commerciale come diritto di formazione sostanzialmente spontanea, particolarmente permeabile ai cambiamenti dettati dallo sviluppo economico e caratterizzato da una forte vocazione internazionale. Tuttavia, fino alla legge Casati (1859), prevaleva l'idea che il diritto commerciale non meritasse l'onore di un peculiare insegnamento nel *curriculum* universitario degli studi di giurisprudenza. Esso era considerato, dai giuristi colti, alla stregua di un insieme di aggiunte ed eccezioni alle norme di diritto civile, le quali dettavano i principi e le regole generali.

Dal momento in cui, con la legge Casati, la materia entrò nel *curriculum* ufficiale degli studi, i docenti dovettero improvvisarsi, provenendo da altre discipline. M. mette in luce, negli insegnamenti di questi primi docenti, dai nomi dimenticati (salvo Giuseppe Montanelli), spunti importanti: dalla superiorità della consuetudine commerciale sul diritto civile nella gerarchia delle fonti, alla necessità dell'ausilio delle scienze sociali nell'interpretazione delle norme di legge, all'inutilità della ricerca a tutti i costi di radici romanistiche negli istituti del diritto mercantile. Ben presto si disegnò la rivendicazione di una vera e propria autonomia scientifica del diritto commerciale (Ellero 1868, Vidari 1870⁽¹⁰⁾). L'idea di fondo fu quella di un diritto radicato nelle leggi «naturali» dell'economia, ma anche bisognoso di interventi riformatori del legislatore (Borsari, nel 1868, preannuncia quella che sarà la posizione di Vivante, trent'anni dopo).

4.3. I decenni successivi, che segnarono il maggior successo del programma di costruzione dell'autonomia della disciplina, sono illu-

⁽¹⁰⁾ La centralità dello scritto di Ercole Vidari del 1870 (*Rapporti del diritto commerciale colla pubblica economia e col diritto civile*, in «Archivio giuridico», 1870, p. 92 e ss.), come «manifesto» dell'autonomia scientifica del diritto commerciale, è unanimemente riconosciuta dalla dottrina. Sull'autore v. ora l'accurato studio di E. FUGAZZA, *Tra liberismo e solidarismo: il lungo percorso scientifico di Ercole Vidari*, Milano, Wolters Kluwer — Cedam, 2018. V. anche M. LIBERTINI, *Ercole Vidari*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, il Mulino, 2013.

strati in due capitoli di Italo Bircocchi, che costituiscono, in certo senso, il nucleo centrale del volume.

Nota B. che gli ultimi decenni dell'Ottocento furono dedicati a «fare uscire la materia dal suo stato di minorità rispetto al civile, ma anche dalla sua tradizione pratica e corporativa». Si delineava così una visione mobile ed espansiva, collocata in una prospettiva internazionale, ma attenta anche ai risvolti sociali che richiedevano elaborazione e progettualità normativa. Il processo di costruzione dell'autonomia disciplinare impiegò qualche decennio e fu — scrive B. — faticoso, anche sul piano strettamente accademico (ma direi che, visto con occhi odierni, quel processo può dirsi maturato in tempi piuttosto rapidi). Un ruolo centrale va riconosciuto al «manifesto» di Vidari (1870), che rivendicò con forza l'autonomia scientifica della disciplina rispetto alla tradizione romanistica. Fra i suoi seguaci si segnalano Enrico Galluppi, le cui *Istituzioni di diritto commerciale* (1873) criticano l'idea del diritto commerciale come insieme di norme di eccezione ed affermano l'indipendenza reciproca fra diritto civile e commerciale; e Adolfo Sacerdoti, che teorizza (1874) l'idea che il diritto civile ha il suo concetto centrale nella «persona» e il diritto commerciale nell'«affare». In ogni caso, la dottrina giuscommercialistica italiana di fine Ottocento aveva acquisito un'idea forte di autonomia della disciplina, pur senza mai mettere formalmente in discussione la concezione positivista ortodossa dell'ordinamento. Quella dottrina, su cui si formò il codice di commercio del 1882, attribuiva centralità, sulla scorta della dottrina giuridica tedesca, all'oggettivizzazione della disciplina, in contrasto con l'antica matrice corporativa. Il diritto commerciale appariva così come espressione della modernità, ma anche della socialità crescente.

Questo processo matura con Cesare Vivante, che esprime la consapevolezza del ruolo-guida che la disciplina giuscommercialistica può ormai rivestire nell'ambito della scienza giuridica. Nasce così il programma di egemonia culturale della «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni» (programma che parve in effetti realizzarsi, per qualche decennio). Ma forse ancor più di Vivante, secondo B., è Angelo Sraffa, che esprime al meglio il tratto comune dei giuscommercialisti postrisorgimentali: ideologia della costruzione dell'unità nazionale e coscienza di svolgere una funzione importante, quasi un pilastro dell'ordine economico (capitalistico) e del sistema politico che gli era connesso.

Il saggio di B. prosegue con un'accurata trattazione dell'esperienza della generazione post-vivantiana, in cui emergono le due personalità di Lorenzo Mossa e di Alberto Asquini. In particolare, del primo si segnala la peculiarità di un dichiarato (e isolato) approccio giusliberistico, accompagnato dall'interesse verso materie nuove, che

presto saranno considerate estranee alla disciplina giuscommerciale (dal diritto del lavoro ai contratti dei consumatori).

Dalla generazione precedente rimane il retaggio di una visione alta del ruolo del giurista, come intellettuale impegnato nella costruzione di un diritto moderno, in grado di rispondere alle esigenze di sviluppo economico del Paese. Nella prima metà del secolo XX si era anche costruito un forte senso di appartenenza unitaria all'interno dell'ambiente accademico, che si manifestava anche nel momento della selezione dei nuovi titolari di cattedre universitarie.

4.4. Il disegno del volume prosegue con alcuni capitoli, non del tutto omogenei fra loro, che trattano diversi aspetti di grande interesse dell'esperienza giuscommerciale della prima metà del sec. XX.

Uno studio molto accurato di Annamaria Monti è incentrato sulla didattica del diritto commerciale nel primo quindicennio del sec. XX. Mette in luce grandi personalità (Bolaffio, Sraffa, Rocco) e, insieme, la ricchezza di contenuti culturali e professionali di quegli insegnanti.

Il saggio successivo, di Mario Stella Richter, intitolato *Il giovane Ascarelli*, descrive accuratamente la fase iniziale della brillante carriera universitaria di Tullio Ascarelli, destinato a divenire la personalità eminente della dottrina giuscommerciale italiana nella generazione postvivantina. A parte il pregio della ricostruzione storiografica, il saggio mette in luce come, già nella prima produzione dottrinale di A., si manifestassero le idee di fondo del suo insegnamento della maturità: la concezione del diritto commerciale come categoria storica (« diritto del capitalismo »); la visione unitaria dell'ordinamento (dove anche l'interesse dottrinale per temi e problemi non ristretti entro i confini tradizionali della disciplina e la spinta al contributo dei giuscommercialsiti all'ammodernamento della trattazione di temi di diritto civile); la consapevolezza del ruolo autonomo e creativo dell'interprete.

Questa parte del volume si chiude con un pregevole saggio di Giovanni Chiodi, redatto sulla base di fonti inedite dell'archivio Vassalli, su alcuni momenti del lavoro preparatorio del progetto di codice italo-francese delle obbligazioni (1930-5). Di particolare interesse, per ciò che riguarda il ruolo della dottrina giuscommerciale italiana, il contributo dato da Lorenzo Mossa al progetto di disciplina del contratto di assicurazione (contributo che, nel saggio, è analizzato con somma cura).

4.5. Il volume si conclude con tre saggi miscelanei, che arricchiscono, da prospettive differenti, i temi trattati nella parte principale. Il primo è un saggio di Pio Caroni, che riprende, in modo più analitico, i temi dell'ultima parte del suo saggio introduttivo, relativo alla nascita e al ruolo del codice unico delle obbligazioni svizzero. Il secondo, di Carlos Petit, si sofferma sul manuale di Edoardo Soler

(1882), con particolare attenzione alle sue premesse ideologiche. Il terzo, di José Reinaldo de Lima Lopes, tratta del diritto commerciale brasiliano agli inizi del sec. XX. Il saggio illustra soprattutto la personalità di José Xavier Carvalho de Mendonça, autore del primo trattato di diritto commerciale brasiliano (apprezzato anche a livello internazionale), collocandolo in un vivace quadro della cultura giuridica ed economica del tempo. La dottrina giuridica brasiliana aveva, a quel tempo, assimilato il dibattito europeo e, in grande maggioranza, riteneva superata l'idea di eccezionalità o anche specialità del diritto commerciale ed auspicava l'adozione di un codice unico. Questa idea non si realizzò, all'epoca: nel 1916 fu adottato un Codice civile (il primo della storia giuridica brasiliana) distinto dal codice di commercio (l'unificazione avverrà un secolo dopo). L'autonomia del diritto commerciale era comunque generalmente riconosciuta, anche sul piano del metodo. In particolare, Carvalho de Mendonça riconosceva tanto l'importanza del «diritto pubblico commerciale» (quello che in Europa si preferì chiamare «diritto dell'economia»), quanto lo stretto legame fra diritto commerciale ed economia politica.

5. *Storia e prospettive del diritto commerciale: una riflessione sullo stato dell'arte.*

La grande quantità di informazioni e di opinioni, sopra riassunte, induce ad una riflessione finale sui diversi profili della storia del diritto commerciale e del suo presente, che sono stati in vario modo prima richiamati.

5.1. In primo luogo, può notarsi come questa storia sia segnata, per solito, da un paradigma che penso possa riassumersi in tre fasi⁽¹¹⁾, a cui si può aggiungere una quarta, che riguarda il presente:

(i) Nelle origini medievali, e poi per diversi secoli, si ha uno *ius mercatorum*, dotato di contenuti normativi originali, formatosi spontaneamente come diritto corporativo del ceto dei mercanti, e tendenzialmente uniforme, al di là dei confini politici del tempo.

(ii) Con l'affermarsi degli stati sovrani, si avvia una seconda fase in cui il diritto mercantile diviene statale. In questa fase il diritto commerciale rimane però complesso di norme proprie di un ceto sociale: i mercanti conservano i loro privilegi corporativi e i loro tribunali, anche se perdono la loro autonomia; in più lo Stato sovrano protegge le

(11) V., per tutti, V. PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle dottrine privatistiche — Sezione commerciale*, IV, Torino, Utet, 1989, p. 333 e ss. L'a. tende a vedere la seconda fase come momento conclusivo della prima, ma ne scandisce nitidamente le peculiarità.

imprese inventando nuovi strumenti di privilegio (privative industriali, ecc.), allo scopo di promuovere le innovazioni economiche;

(iii) In una terza fase, nel sec. XIX, il diritto commerciale statale, abolite le corporazioni, diviene diritto a base oggettiva, formalmente aperto a tutti per via del riconoscimento della libertà di commercio, e inquadrato in codici paralleli a quelli civili. In questa fase, all'accenramento delle fonti (e, con un processo variamente sviluppato nei diversi paesi nel corso del XIX sec.) si accompagna anche, più tardi, un'evoluzione dottrinale, che vede la formazione di una forte corrente di pensiero, volta ad affermare l'autonomia scientifica della disciplina. Sul piano dottrinale, e più tardi anche su quello legislativo, il centro della materia si sposta poi dal commercio in senso stretto all'impresa e ai mercati, in sostanza all'insieme di norme giuridiche che presiedono al funzionamento dell'economia di mercato capitalistica nella sua interezza.

(iv) Nella quarta, ed attuale, fase, si assiste, in primo luogo, al dilagare della produzione normativa, spesso « multilivello », in materia di imprese e di mercati, con collegata decodificazione e frammentazione della disciplina; contemporaneamente, si assiste ad una ripresa, per effetto della globalizzazione economica, di prassi negoziali di carattere sovranazionale. Tutto ciò determina una marcata tendenza alla specializzazione, all'interno di quella che, nella fase precedente, era stata una disciplina accademica unitaria, e con ciò un ripiegamento del tema dell'autonomia scientifica della stessa. Il futuro della disciplina del diritto commerciale appare, comunque, obiettivamente incerto.

5.2. I libri commentati contribuiscono bene all'arricchimento di questo schema interpretativo, ma offrono anche spunti per ulteriori riflessioni, che non intaccano le linee di fondo di quella ricostruzione, ma consentono di mettere meglio in luce aspetti, talora non secondari, della stessa.

Cominciando dalla prima fase, il ruolo centrale svolto, per secoli, dallo *ius mercatorum* corporativo, non può essere messo in dubbio.

Non si deve però trascurare una linea di pensiero (rappresentata in Italia, in primo luogo, da Ascarelli) che, sul piano storiografico, ha ritenuto doversi valorizzare maggiormente l'idea secondo cui il diritto commerciale dovrebbe essere studiato come categoria storica, come « diritto del capitalismo », piuttosto che solamente come « diritto del commercio ». In questa prospettiva, la storia del diritto commerciale potrebbe utilmente staccarsi dallo schema iperspecialistico goldschmidtiano e meglio integrarsi negli studi di storia dell'impresa, che sembrano in promettente crescita in vari Paesi.

Potrebbe allora tenersi conto del fatto che imprese capitalistiche (cioè imprese caratterizzate dal marxiano ciclo D-M-D, cioè dall'esigenza di raccolta iniziale di capitali destinati alla realizzazione di un progetto lucrativo, spesso soggetto ad alto rischio) si sono avute sin

dall'Antichità, e non soltanto nel settore del grande commercio d'oltremare (destinato a svolgere il ruolo costituente dello *ius mercatorum*), ma anche nell'attività bancaria in senso lato o in attività manifatturiere che si evolvevano verso dimensioni industriali⁽¹²⁾ (attività regolate da corporazioni diverse da quelle dei mercanti) e in quella di forniture di beni e servizi al potere pubblico, cioè l'attività dei *publicani* (con le relative *societates publicanorum*, antenate parziali delle moderne società di capitali).

Tutte queste attività hanno richiesto, sin dall'Antichità, norme giuridiche dettagliate e tribunali⁽¹³⁾. È noto, inoltre, che un filone di dottrina romanistica (Di Porto, Cerami) ha cercato di sostenere l'esistenza di istituti giuscommercialistici ben operanti in epoca romana.

Certo è però che su queste norme non si formò una giurisprudenza colta. Si trattava, infatti, di norme regolanti attività considerate socialmente marginali, e spesso anche socialmente riprovate. La giurisprudenza colta, da quando si formò, nella civiltà romana, concentrava la sua attenzione sugli istituti centrali nella vita delle classi dominanti, e quindi in primo luogo la proprietà immobiliare e la sua trasmissione⁽¹⁴⁾.

Nell'Europa medievale la corporazione dei mercanti accrebbe il suo peso sociale e politico e così le sue regole corporative furono riconosciute e protette dai diversi poteri politici allora esistenti. Nacque così lo *ius mercatorum*, ricco di contenuti originali e dotato di piena effettività, ma ancora lontano dalle attenzioni della giurisprudenza colta.

Nella ideologia interna agli ambienti corporativi, che influenzerà le trattazioni dottrinali dei secoli successivi, lo *ius mercatorum* viene concepito come diritto spontaneo, tutto a base consuetudinaria. In realtà, fin dall'Antichità, fiere e mercati (con le relative, necessarie, regole e tribunali) sono sempre vissuti sotto la protezione di qualche potere politico che ne garantiva il regolare svolgimento e, spesso, riconosceva un potere normativo e giurisdizionale privilegiato agli operatori economici.

(12) Interessanti informazioni sui tribunali corporativi delle arti dei lanieri, in alcune città italiane nel XVI sec., in CARACAUSI, *Procedure di giustizia*, nt. 3.

(13) Cfr. M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio. Produzione, scambi, regole*, Bologna, il Mulino, 2015. Su un piano teorico può giustamente affermarsi che «il codice genetico del capitale è un codice giuridico» (così M.R. FERRARESE, *Il capitale e il tocco magico del diritto. Storie e attuali protagonisti secondo Katharina Pistor*, in «Politica del diritto», 2019, p. 660).

(14) Cfr. G. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, il Mulino, 2016.

Anzi, se si guarda più attentamente alla storia dell'impresa capitalistica in generale, ci si avvede che questa, nelle più diverse esperienze storiche in cui si è affermata, ha sempre goduto di un forte sostegno iniziale di un potere politico, che dava garanzia di effettività alle norme giuridiche di funzionamento di fiere e mercati, come tali sempre necessarie per l'esistenza degli stessi, e in più forniva strumenti giuridici di diretto sostegno dell'impresa (sotto forme varie: commesse, finanziamenti privilegiati, dazi doganali, diritti di esclusiva, concessione di locali, ecc.). In altri termini, le imprese capitalistiche non nascono storicamente dall'asestamento «spontaneo» di fenomeni di libero scambio, ma dalla combinazione fra iniziative innovative e rischiose di individui e gruppi dotati di particolare talento e dalla protezione che tali iniziative ricevono — in vario modo e con diversi mezzi giuridici — da parte del potere politico⁽¹⁵⁾.

La stessa consuetudine mercantile non è certo ritualità primitiva, ma consuetudine evoluta, costruita su documenti negoziali e decisioni di tribunali.

Ciò che caratterizza il diritto commerciale medievale è che, nei primi secoli di vita dello *ius mercatorum*, gli imprenditori dell'epoca dovevano instaurare rapporti con un potere politico diviso in una pluralità di istituzioni locali, spesso di livello municipale. In quel contesto la sfera di interessi e di attività del mercante era spesso più ampia di quella del potere politico di riferimento. Ciò ha favorito un fenomeno di formazione internazionale di una cultura mercantile, con le sue regole tendenzialmente uniformi e il sostanziale recepimento di tali regole da parte del potere politico che, di volta in volta, tutelava la corporazione dei mercanti e i suoi tribunali. Dunque, sostanzialmente una delega del potere normativo alle corporazioni dei mercanti; e quindi l'idea di un diritto di formazione spontanea.

5.3. Dal momento dell'affermazione degli Stati sovrani, il ceto mercantile — che mantiene il suo orgoglio di ceto anche nella nuova situazione politica⁽¹⁶⁾ — doveva ottenere il riconoscimento da parte

⁽¹⁵⁾ La diretta protezione del potere politico, come requisito iniziale della costituzione di imprese lucrative, è ravvisata fin dai primordi della storia economica occidentale (cfr. M. HUDSON, *Entrepreneurs: From the Near Eastern Takeoff to the Roman Collapse*, in *The Invention of Enterprise. Entrepreneurship From Ancient Mesopotamia to Modern Times*, ed. by D.S. Landes, J. Mokyr, W.J. Baumol, Princeton University Press, 2010, p. 11 e ss.). Allo stesso modo, essa è sempre presente nei «paesi emergenti» di nuovo capitalismo (cfr. W.K.K. CHAN, *Chinese Entrepreneurship since Its Late Imperial Period*, ivi, pp. 494-5).

⁽¹⁶⁾ Cfr. V. PIERGIOVANNI, *Il diritto dei mercanti e la dottrina giuridica in età moderna. Considerazioni comparative tra Benvenuto Stracca e Gerard Malynes*, in Id.,

di un potere centrale unitario, pur nel quadro del mantenimento di una solida alleanza tra potere politico e ceto mercantile. La differenza principale riguarda l'unificazione su base nazionale delle regole mercantili, il cui contenuto rispettava generalmente un quadro di continuità con la tradizione corporativa (ivi compreso, almeno fino alla seconda metà dell'Ottocento, il mantenimento dei tribunali speciali di commercio).

L'aspetto più significativo del nuovo quadro istituzionale e normativo è — come messo in luce da Petit per l'esperienza spagnola — non soltanto l'assimilazione delle regole mercantili da parte degli Stati sovrani, ma soprattutto la possibilità che questi acquisivano, in una cornice mercantilistica, di rafforzare l'economia capitalistica mediante l'introduzione di istituti che la tradizione corporativa, come tale, non sarebbe stata in grado di creare (come le società di capitali; o le private industriali, a cui, per la verità, i libri qui commentati non prestano particolare attenzione).

La terza fase dello schema sopra accennato (cioè quella delle codificazioni) si innesta su questa situazione portando con sé l'affermazione di una concezione oggettiva del diritto commerciale ed una tendenziale normalizzazione dello stesso, all'interno di un ordinamento giuridico ormai ovunque concepito come unitaria espressione della sovranità statale.

Questa fase storica è forse quella più studiata e nota. Gli studi qui commentati forniscono puntuali ricostruzioni di esperienze nazionali, che ovunque vedono gli Stati impegnati nel processo di codificazione del diritto commerciale.

Ciò che particolarmente viene messo in luce, e va segnalato per la sua importanza, è però l'importanza assunta dall'affermazione del diritto commerciale come disciplina accademica.

5.4. Sul piano della storia delle idee, questo passaggio non può essere sottovalutato.

Per i secoli precedenti, il quadro disegnato da Petit è brillante, nel rilevare la distanza socioculturale fra il mondo dei mercanti e dei loro tribunali e quello della giurisprudenza colta dell'epoca; ed è notevole la sottolineatura della considerazione, nella cultura mercantile, del ricorso ai tribunali come *extrema ratio*, a fronte di una via maestra costituita dalla soluzione amichevole dei conflitti alla luce della solidarietà mercantile⁽¹⁷⁾.

Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno — Atti della Società Ligure di Storia Patria, Genova, 2012, p. 1315 e ss. (con particolare riguardo all'opera di Malynes).

(17) È difficile ipotizzare — malgrado la legittima curiosità — un legame tra queste antiche espressioni della cultura mercantile, peraltro segnalate dagli storici an-

Può sorgere il dubbio che la sottolineatura di questa separazione sia, nel libro di P., troppo netta. Mancano, per esempio, riferimenti — usuali nelle storie del diritto mercantile — ad autori (Stracca, Scaccia, Ansaldo, Casaregis, ecc.) che, dal tardo diritto comune fino all'età delle codificazioni, produssero una letteratura giuridica colta dedicata al diritto mercantile, destinata ad influire sulla futura legislazione⁽¹⁸⁾. Anche se la celebre frase di Bartolo («in curia mercatorum debet iudicari de bono et aequo ommissis iuris solemnitatibus») fa pensare ad una cesura profonda, è difficile negare che anche la cultura giuridica romanistica abbia svolto un ruolo importante nella costruzione del diritto commerciale moderno⁽¹⁹⁾.

Ciò che può rimarcarsi è comunque che quegli autori erano certamente giuristi colti, ma erano soprattutto giudici ed avvocati e non professori di università. La giurisprudenza commerciale era stata elevata all'attenzione della letteratura giuridica ma, fino all'Ottocento, non era ancora legittimata a livello accademico.

In questa prospettiva, i volumi commentati (soprattutto, naturalmente, quello curato da Birocchi, ma anche quello di Petit) mettono in luce l'importanza storica della cooptazione a livello accademico, nel corso del sez. XIX, del diritto commerciale.

Il fenomeno si realizzava in un tempo caratterizzato da fiducia nel progresso economico e culturale, ma anche dall'affermazione e crescita del prestigio delle Università pubbliche, nonché di grande autostima dei titolari di cattedre universitarie. L'introduzione del diritto commerciale fra le discipline accademiche non era, peraltro, frutto di un processo autonomo di modernizzazione delle Facoltà universitarie: furono piuttosto gli Stati dell'epoca, nel quadro della gestione centralistica delle Università pubbliche, ad imporre la materia fra quelle obbligatorie, a fini di necessaria modernizzazione degli studi giuridici. Ciò produsse una leva di docenti che non provenivano

che per epoche successive (cfr. J. MOKYR, *Entrepreneurship and the Industrial Revolution in Britain*, in *The Invention of Enterprise*, nt. 11, p. 183 e ss.), e le prese di posizione di giuscommercialisti dei nostri giorni, che sottolineano l'inefficienza del ricorso ai tribunali ai fini della risoluzione delle controversie commerciali (V. DI CATALDO, *A che cosa serve il diritto*, Bologna, il Mulino, 2017; P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, Torino, Utet, 2016).

⁽¹⁸⁾ Per una vivace sintesi v. F. MIGLIORINO, *Diritto mercantile*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero — Diritto*, Ist. Enc. Ital., 2012.

⁽¹⁹⁾ Circa il permanere di questa importanza sino a fasi più recenti di sviluppo della dottrina giuscommercialistica, v. A. MONTI, *Uso e riuso delle citazioni romane, medievali e di età moderna nel discorso dottrinale dei giuscommercialisti italiani (XIX-XX sec.)*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin et al., Torino, Giappichelli, 2019, p. 249 e ss.

dagli ambienti commerciali o dall'esperienza dei Tribunali di commercio, ma erano (il primo fu Pardessus) giuristi colti, di formazione generalista; più tardi anche giuristi che si avvicinavano da autodidatti alla materia, attratti da un genuino interesse per la stessa (il caso più significativo fu quello di Vivante).

Il bisogno di legittimazione culturale della disciplina portò anche i padri fondatori (in primo luogo Goldschmidt) a costruire una storia del diritto commerciale autonoma e distinta dal filone centrale del diritto privato europeo ed a valorizzare — pur in un periodo di dominante giuspositivismo statalistico, e senza contestare direttamente quest'ultimo — la proiezione internazionale della disciplina.

5.5. Questo tipo di formazione dei giuristi che sono entrati nella storia come fondatori della disciplina a livello accademico spiega alcuni fenomeni che, nella ricerca curata da Birocchi, sono messi in luce:

(i) la valorizzazione, da parte dei cultori del Diritto commerciale, della novità culturale (sotto il profilo dei metodi e delle fonti: da ciò le formule sull'autonomia «giuridica» e «scientifica») di una disciplina che era riconosciuta meritevole della massima considerazione proprio perché forniva gli strumenti giuridici centrali a supporto del progresso economico del tempo; una disciplina che, inoltre, mostrava grande capacità evolutiva ed espansiva, e spesso aveva bisogno di strumenti giuridici non inquadrabili nella tradizione romanistica;

(ii) l'indipendenza sostanziale di questi fondatori della disciplina rispetto agli ambienti imprenditoriali dell'epoca e ai loro immediati interessi; ciò anche per via di un esercizio limitato della professione legale⁽²⁰⁾ (il che non impediva poi, a quegli studiosi, di usare un metodo molto attento allo studio della realtà socioeconomica); da qui la vena riformistica e l'impegno di responsabilità sociale, che ha caratterizzato, per lungo tempo, la disciplina.

Ciò spiega anche la formazione di un sentimento di orgoglio disciplinare, che portò con sé non solo la rivendicazione forte dell'autonomia scientifica e giuridica, ma portò anche i cultori della materia (o almeno la loro componente più avanzata) ad osare di concepire la stessa come disciplina «generalista» (in un'epoca in cui, nel costume accademico, la distanza culturale tra le discipline generaliste e quelle specialistiche era fortemente sentita). Accadde così che una dottrina giuscommercialistica di recente formazione accademica poté proporsi come punta avanzata della cultura giuridica; ed anche, come avvenne in Italia, a tentare la conquista di un'egemonia che per qualche

⁽²⁰⁾ Il punto è sottolineato, anche con riferimento ad esperienze straniere, da T. ASCARELLI, *Scienza e professione* (1956), in ID., *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1961, II, p. 854 e ss.

tempo, con il successo della «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», sembrò divenire realtà.

5.6. Peraltro, già fin dai primordi, risultavano in parte incerti i confini della disciplina. Per esempio, il trattato di Thöl, a metà Ottocento, che è correntemente considerato la prima trattazione «scientifica» del diritto commerciale, conteneva una prima parte dedicata allo statuto del commerciante e delle società commerciali e poi dedicava ampio spazio ad una trattazione generale delle obbligazioni e dei contratti commerciali, nonché del diritto cambiario. Poco dopo Goldschmidt, nelle prime pagine della sua celebre «Storia universale», delineava un contenuto vastissimo della materia (diritto commerciale pubblico, privato e internazionale; e, come rami speciali: diritto cambiario, diritto marittimo, diritto delle assicurazioni, diritto processuale commerciale e fallimentare), che come tale non risulta poi compiutamente trattata da alcuno. Peraltro, il contenuto complessivo del suo *Handbuch* non era molto diverso da quello del trattato di Thöl, salvo la presenza della grande introduzione storica e il minor spazio dedicato alla disciplina generale delle obbligazioni. L'esperienza tedesca si orientava così verso una delimitazione della disciplina che già scontava lo specialismo di alcuni profili, in primo luogo il diritto fallimentare e poi i nascenti istituti della proprietà industriale e della concorrenza sleale (peraltro, la formazione di questo fondamentale istituto avveniva nei tribunali civili e non in quelli di commercio).

Successivamente, nella fase espansiva della disciplina, la stessa tendeva a inglobare l'intero diritto delle imprese e dei mercati. Ma già il trattato di Vivante, per esempio, non si occupa del diritto marittimo e del fallimento, materie che nel Corso di Vidari occupavano invece quattro dei nove volumi complessivi.

In effetti era difficile portare a sistema una materia che, nei codici di commercio ottocenteschi, era incentrata sul concetto di atto di commercio, cioè atto di scambio professionale, quando nel frattempo l'organizzazione industriale e finanziaria delle imprese e l'avvento dei mercati di massa aveva assunto un'importanza centrale nel funzionamento dell'economia e introdotto strumenti giuridici ignoti ai vecchi codici di commercio.

5.7. La risposta a questa difficoltà fu, com'è noto, quella di portare al centro della disciplina la figura dell'impresa, che, come tempo dopo teorizzerà Coase, non è un insieme di atti di scambio, bensì una struttura organizzata gerarchica, avente la funzione di risparmiare i costi di transazione insiti in ogni atto di scambio.

L'idea di contrapporre un diritto dell'impresa a un diritto del commercio fu avanzata, nella seconda metà del sec. XIX, dai pionieri franco-belgi del «diritto industriale» (proposto come nuova disciplina volta allo studio degli istituti giuridici originali nati con l'af-

fermazione delle imprese industriali: disciplina del lavoro in fabbrica, disciplina amministrativa della gestione di stabilimenti industriali, disciplina della proprietà industriale e concorrenza sleale). Questa proposta rimase minoritaria e non si affermò mai a livello accademico: alcuni contenuti di essa transitarono in materie autonome (a cominciare dal diritto del lavoro); ma, soprattutto, l'idea della centralità della nozione di impresa fu acquisita dagli stessi cultori accademici del diritto commerciale (a cominciare da Karl Wieland, nei primi decenni del sec. XX), in una proposta di modernizzazione, ma anche di continuità, di questa disciplina; e come tale si affermò rapidamente.

Oggi questa idea è professata un po' ovunque (salvo che nelle aree di *common law*, ove prevale un'accezione ristretta di *commercial law*, incentrata sulle negoziazioni commerciali, e, per il resto, i diversi capitoli compresi nella materia sono oggetto di discipline specialistiche).

Nell'accezione più moderna, alla centralità del concetto di impresa si affianca con pari valore (come sottolinea Embid Irujo), l'idea di mercato, che, pur essa, non è da confondere con un semplice insieme di scambi individuali: il mercato è piuttosto una struttura organizzata e regolata (si pensi alle norme antitrust, alla concorrenza sleale e alle diverse regolazioni di settore), volta a consentire/favorire operazioni di scambio entro binari prestabiliti.

Si potrebbe dunque dire che il «diritto commerciale», superando una terminologia che molti riconoscono essere arcaica, dovrebbe oggi denominarsi come «diritto delle imprese e dei mercati».

5.8. Il punto è che (come sottolinea ancora Embid Irujo) la dottrina giuscommerciale non è riuscita, in alcun Paese, ad elaborare un sistema di principi e concetti atto a costituire una parte generale del diritto delle imprese e dei mercati. Questo giudizio, peraltro, non è nuovo: nel volume cileno si ricorda come già Joaquín Garrigues (il più autorevole giuscommerciale spagnolo della metà del secolo scorso) rilevasse come il diritto commerciale era divenuto, già ai suoi tempi, un insieme di contenuti eterogenei.

La spiegazione di questo fenomeno, che viene fornita in molti degli scritti prima menzionati, è che le materie disciplinate dai codici di commercio ottocenteschi sono state in gran parte integrate o modificate da un processo alluvionale di novità normative. Processo che, secondo Ferrante, avrebbe assunto oggi in Italia un livello superiore a quello degli altri Paesi e sarebbe divenuto patologico (in effetti, chi segue le vicende del decreto correttivo al codice della crisi e dell'insolvenza è tentato di dargli ragione).

In ogni caso, il processo di decodificazione del diritto commerciale, che come tale è percepito ovunque, comporta lo svuotamento di molti codici di commercio, pur rimasti formalmente in vigore, non-

ché il fatto che i tentativi di nuovi codici (in primo luogo quello francese) appaiano come consolidazioni di norme settoriali prima sparse in diversi testi normativi, senza l'ambizione razionalizzante dei grandi processi di codificazione.

5.9. Questa spiegazione della debolezza sistematica dell'attuale dottrina giuscommercialistica è certamente valida⁽²¹⁾. In molti settori della disciplina, l'attività dottrinale è oggi costretta a inseguire novità della regolazione (soprattutto di fonte europea) e delle prassi contrattuali (soprattutto di fonte americana). Il risultato è talora quello di una dottrina debole, a cui manca la tendenziale stabilità di punti di riferimento (c.d. fonti), che è presupposto dei processi razionali di costruzione di principi e concetti.

A ciò si aggiunge, però, la generale tendenza, nell'odierna cultura giuridica, ad esaltare il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa, a scapito della funzione ordinante delle costruzioni dottrinali. Tendenza che non è certo peculiare al settore del diritto commerciale, ove anzi è rimasto il retaggio di una forte tradizione «dottrinaria», che in Ascarelli vide il più convinto fautore⁽²²⁾, ma che proietta anche qui il suo influsso culturale.

In ogni caso, la frammentazione e inflazione normativa produce con sé anche l'obiettiva difficoltà, per i cultori della materia, di dominarla per intero, e quindi una spiccata tendenza alla specializzazione.

⁽²¹⁾ Sul punto un diverso giudizio è stato espresso da PORTALE (da ultimo in *Il diritto privato dell'impresa*, cit.) secondo cui il diritto commerciale odierno sta recuperando il carattere di "universalità" (o "transnazionalità") che lo ha storicamente connotato e un'autonomia giuridica, in materia di fonti e di costruzione di nuova disciplina. Questa opinione segnala, a mio avviso, fenomeni reali e significativi, che però possono ricondursi all'esperienza generale della "globalizzazione" economica e che, in forme simili, possono dirsi condivisi anche da altre discipline giuridiche (si pensi alle elaborazioni teoriche sulla teoria generale del contratto o a quelle sul "diritto amministrativo globale"). A mio avviso la novità (innegabile) dell'attuale dottrina giuscommercialistica non consente però di parlare di una forte impostazione sistematica condivisa. Per una più ampia trattazione rinvio a M. LIBERTINI, *Appunti sull'autonomia del diritto commerciale dedicati a Pippo Portale*, in «Riv. Dir. Comm.», 2019, I, p. 37 e ss.

⁽²²⁾ Recente, autorevole conferma di questo prevalente orientamento di giuspositivismo critico, contrario alle tesi dei fautori della creatività giurisprudenziale, può leggersi in F. D'ALESSANDRO, *Il metodo del diritto commerciale*, in «Orizzonti del diritto commerciale», 2019, p. 401 e ss. Merita di essere segnalata anche la convinzione dell'a. — comune a tutti i più recenti interventi sul punto (fra cui P. MARCHETTI, *Sul metodo del diritto commerciale*, ivi, p. 439 e ss.) — secondo cui le indicazioni di metodo che possono predicarsi per il diritto commerciale non hanno alcuna ragione peculiare alla disciplina, ma possono proiettarsi sull'intera dottrina giuridica.

Alla frammentazione normativa si accompagna un parallelo fenomeno — meno spesso segnalato, e non messo in evidenza nei libri recensiti — di ricostituzione di giudici specializzati (di solito non «giudici speciali», per il formale rispetto del principio di unità della giurisdizione, ma «sezioni specializzate» di organi giudiziari preesistenti). Com'è noto, il contenzioso in materia di società e di diritto industriale, in Italia, è concentrato presso i tribunali più grandi (nelle sedi maggiori con separazione interna fra società e diritto industriale; in materia di antitrust i tribunali competenti ulteriormente ridotti a tre; e, per i profili di giurisdizione amministrativa, affidati esclusivamente al TAR Lazio; altri filoni specializzati sussistono in materia di proprietà industriale). Il fenomeno si collega alla costituzione di autorità amministrative indipendenti, con potere regolamentare su interi settori economici e un controllo giudiziario concentrato per legge in unica sede (per esempio: il TAR Lazio per le comunicazioni elettroniche, oltre che per il diritto antitrust; il TAR Lombardia per il settore dell'energia).

Questa spinta centrifuga è poi favorita dalla sempre più stretta integrazione fra dottrina e professione. Questo collegamento c'è sempre stato ed è anche utile e necessario, per fornire agli studiosi quella conoscenza della realtà sociale prenormativa che, già nella metodologia tradizionale del diritto commerciale, è stata sempre indicata come presupposto indispensabile per compiere corrette operazioni interpretative⁽²³⁾. È anzi un carattere fondamentale della disciplina quello di professare un metodo che non muove dal testo normativo per adattarlo alla realtà, ma — per usare le parole di Ascarelli — muove dall'analisi della realtà socioeconomica per poi costruire una disciplina normativa della realtà volta a conciliare la «natura delle cose» (oggi diremmo, forse, l'efficienza economica) con una doverosa continuità con i testi normativi⁽²⁴⁾.

(23) Si avvertono, però, segnali di perdita di questa consapevolezza della metodologia del tradizionale diritto commerciale («scienza di osservazione», secondo Vivante), come nel caso di diversi contributi dottrinali che hanno continuato a trattare i titoli di credito sulla base dell'esegesi delle fonti normative, senza considerare che, nella realtà socioeconomica, la funzione e l'uso di questi strumenti erano praticamente cessati. Cfr. M. LIBERTINI, *I titoli di credito nella dottrina giuscommercialistica italiana. In memoria di Antonio Pavone La Rosa*, in «Orizzonti del diritto commerciale», 2017, 3.

(24) Sulle attuali prospettive del tema del metodo del diritto commerciale v. da ultimo, oltre agli scritti *supra* cit., alla nota 17, la riflessione di C. ANGELICI, *In tema di metodo del diritto commerciale*, in «Orizzonti del diritto commerciale», 2019, p. 389 e ss. A. individua come caratteri essenziali l'impiego della *Typuslebre* (intesa come esigenza di adeguata ricostruzione della realtà, come premessa delle costruzioni normative) e dell'impiego accorto dell'argomento comparatistico (in chiave, si direbbe, di ricerca dell'efficienza). Aggiunge poi che queste indicazioni di metodo non possono

È anche vero, però, che questo collegamento intenso fra dottrina e professione comporta anche un continuo rischio di «cattura» degli studiosi da parte degli interessi particolari che essi sono chiamati a curare nella loro professione di avvocati e consulenti.

Già Ascarelli lamentava⁽²⁵⁾, a metà del secolo XX, uno scadimento deontologico della categoria, per il fatto che la produzione dottrinale era, già allora, costituita prevalentemente da scritti professionali in vario modo elaborati, e quindi nati come atti di parte, senza che gli autori avvertissero il dovere di dichiararlo.

Questa tendenziale «cattura» non pone solo un problema deontologico. Rimane ancora profonda e veritiera l'osservazione, sempre di Ascarelli, secondo cui l'esercizio della professione forense condiziona generalmente la mentalità del giurista accademico, per «l'inevitabile importanza nell'esercizio professionale (e particolarmente e necessariamente in quello forense, con il suo carattere agonistico!) di quell'abilità polemica che invece insidia nel giurista la coscienza della portata delle rispettive premesse della soluzione e perciò il loro controllo».

Questo rischio si accentua proprio in connessione con l'affermazione dello specialismo e quindi con l'inevitabile collegamento privilegiato che si instaura fra gli specialisti di maggior talento e gli interessi più forti presenti all'interno di ciascun settore.

5.10. Non vorrei esagerare in questa linea di giudizio. Infatti, anche nei tempi più recenti non sono mancati studiosi che hanno svolto con indipendenza e rigore una «critica del diritto», erede della tradizione riformistica del diritto commerciale della prima metà del secolo XX⁽²⁶⁾.

essere confinate all'interno della disciplina, ma si proiettano sul metodo giuridico in generale, per concludere con l'esigenza di avvio di un'opera di revisione dei paradigmi generali del diritto privato. Direi, anticipando quanto sarà detto in conclusione, che queste indicazioni sono pienamente condivisibili e dovrebbero essere solo integrate con altre, complementari. A mio avviso: l'argomentazione per principi (con relativo approfondimento della discussione razionale su questi ultimi) e l'argomentazione orientata alle conseguenze (con relativa centralità della corretta analisi dei conflitti di interessi in gioco e l'impiego, come strumento prezioso ma non decisivo, dell'analisi economica del diritto).

⁽²⁵⁾ Nello scritto sopra citato alla nota 20.

⁽²⁶⁾ Penso, in particolare, ai contributi di Gastone Cottino, di Francesco Galgano, e di Guido Rossi, fino alla sua morte, avvenuta nel 2017. Questa linea è poi sostenuta, pur in una dottrina giuridica divenuta frammentata in diversi specialismi, anche dall'influenza della dottrina nordamericana, ove i profili *de iure condendo* sono spesso prevalenti. Non si deve neanche trascurare la presenza di contributi in materia di teoria generale del diritto da parte di studiosi giuscommercialisti (p.e. Denozza, Di Cataldo, Terranova, Visentini).

Certo è però che non si avverte più da tempo (si potrebbe dire: dalla scomparsa di Tullio Ascarelli, avvenuta nel 1959; con qualche eccezione) quella tensione modernizzatrice verso l'operare dell'intera dottrina giuridica, e quell'orgoglio disciplinare, che avevano caratterizzato, dalla fine del sec. XIX, una stagione gloriosa della dottrina giuscommercialistica italiana.

Questo ripiegamento si manifesta in diversi modi: la ridotta ambizione delle riviste giuridiche giuscommercialistiche, che hanno mantenuto un livello complessivo di alta qualità, ma hanno tutte praticamente rinunziato allo strumento della recensione, e quindi del dibattito dottrinale approfondito; l'accettazione, da parte dei cultori della materia, di uno smembramento della stessa sotto il profilo dell'organizzazione accademica (con l'autonomizzazione del diritto della navigazione e del diritto dell'economia); l'accettazione diffusa dell'idea che la disciplina non abbia una sistemática complessiva riconoscibile e si traduca nell'assemblaggio di discipline diverse, *lato sensu* riferibili ad imprese e mercati, ma non facilmente inquadrabili in principi e concetti generali; in connessione a quest'ultimo punto, un tacito ripiegamento rispetto all'ambizione generalista delle generazioni precedenti (sintomatico è il fatto che Francesco Galgano, che più di tutti ha rappresentato la continuità di quella ambizione⁽²⁷⁾, a sua volta seguendo l'insegnamento del suo maestro Walter Bigiavi, a un certo punto della sua carriera abbia abbandonato il settore disciplinare accademico del diritto commerciale, per passare al diritto civile).

Tutto questo è largamente compensato, nell'esperienza concreta dei cultori della materia, dall'importanza, grande e perfino crescente, della loro attività di consulenza e assistenza professionale. La tendenza alla frammentazione e alla specializzazione non è dunque percepita come un ripiegamento della disciplina rispetto al programma culturale che essa aveva concepito in precedenza⁽²⁸⁾.

(27) Sulla poliedrica figura di G. v., da ultimo, M.R. FERRARESE, *Galgano, i suoi "mestieri" e la lettura del diritto*, in «Rivista critica del diritto privato», 2019, p. 31 e ss. Per vero, una forte ambizione generalista fu manifestata anche da Paolo Ferro Luzzi, con la sua teorizzazione di un diritto dell'impresa incentrato sul concetto di organizzazione e non sulle categorie tradizionali del diritto privato patrimoniale. In altre sedi ho segnalato come questo programma culturale — a mio avviso valido nella sua impostazione di base — sia stato poi indebolito da sviluppi teorici non condivisibili (in particolare: l'idea di abbandonare i concetti di soggetto e di fattispecie). Le idee di F.L., in ogni caso, sono rimaste confinate in un ambito culturale solo italiano.

(28) Una manifestazione di questo fenomeno può vedersi nel recente volume di R. COSTI, L. ENRIQUES, F. VELLA, *Diritto commerciale. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2019 (che contiene un'intervista dialogata che due allievi rivolgono a Renzo Costi, che oggi è, con pieno merito, uno dei più prestigiosi esponenti della disciplina).

5.11. Il quadro sopra abbozzato può sembrare contrastato da due fenomeni in controtendenza.

Il primo è costituito dalla teorizzazione della «nuova *lex mercatoria*», cioè dalla rivendicazione di un ritorno, che sarebbe già concretamente in corso, a un diritto commerciale di formazione spontanea tendenzialmente universale, creato dagli stessi ambienti imprenditoriali (o, soprattutto, dalle *law firms* che li assistono). Questa linea di pensiero, diffusa a livello internazionale e rappresentata, in Italia, nella produzione dell'ultimo periodo di attività di Francesco Galgano, è stata generalmente ridimensionata. A parte ogni rilievo di natura ideologica, essa ha un reale significato solo per un comparto, importante ma certamente non esaustivo, della disciplina delle imprese e dei mercati: quello del commercio internazionale e della giustizia arbitrale che a questo spesso si accompagna⁽²⁹⁾.

Per il resto, come viene illustrato ampiamente nel volume cileno, il diritto delle imprese e dei mercati è oggi investito da un processo alluvionale di produzione normativa, legale e regolamentare, proveniente da fonti formali multilivello. Queste regole talora inglobano contenuti di origine privata, ma comunque questi vengono generalmente tradotti in fonti formali. In ogni caso, il compito della dottrina giuridica viene spesso assorbito dall'esigenza di continuo aggiornamento dell'informazione in materia.

5.12. Il secondo fenomeno in controtendenza è costituito dalle esperienze recenti, anch'esse messe in luce nel volume comparatistico cileno, alla ricodificazione del diritto commerciale.

Nel dare conto dei contenuti di quel volume, abbiamo notato come diversi autori manifestino apprezzamento verso le tecniche di codificazione in quanto tali, cioè intese nella loro funzione storica di strumenti volti a dare coerenza e razionalità a un insieme di discipline

Nel libro si richiama correttamente la tradizione giuscommercialistica, ma in un senso continuista che non sembra tener conto degli aspetti critici che si è cercato di descrivere nel testo; e poi si afferma (p. 44) che «il vero nuovo diritto commerciale [è] la disciplina del mercato finanziario (banche e mercato mobiliare), con le sue forti ricadute sul diritto societario e sulla disciplina dei contratti commerciali». Gran parte del volume è poi dedicata ad osservazioni (di grande interesse) sui temi accennati. Con ciò è implicitamente accettata una concezione ormai frammentata della disciplina. Per quanto la spinta verso la specializzazione sia generale nell'organizzazione della cultura contemporanea, mi sembra che il fenomeno non sia così accentuato in altri settori della cultura giuridica, caratterizzati da una tradizione generalista (penso, p.e., al diritto amministrativo).

⁽²⁹⁾ V., da ultimo, la pregevole trattazione di A. MAZZONI, M.C. MALAGUTI, *Diritto del commercio internazionale. Fondamenti e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2019.

e a sostenere l'ulteriore compito di razionalizzazione svolto dalla dottrina giuridica.

Il punto merita attenzione: anche se si tocca un tema che non si potrebbe liquidare in poche battute, devono registrarsi i segnali di un'esigenza di costruire un diritto delle imprese e dei mercati (un «diritto dell'economia di mercato capitalistica», si potrebbe dire) costruito su principi chiari (a cominciare da quelli costituzionali) e articolato in concetti generali ordinanti⁽³⁰⁾.

Da questo punto di vista, l'alternativa fra codice unico di diritto privato e codice di commercio separato, che tanto interesse suscitò in Italia nei decenni che precedettero l'unificazione del 1942, non sembra avere oggi un'importanza centrale. Questa discussione, secondo un'opinione che ho esposto in altra sede, vide contrapporsi, all'interno della dottrina giuscommercialistica italiana, due differenti strategie di espansione della disciplina: quella che puntava alla modernizzazione («commercializzazione») dell'intero diritto privato mediante l'emanazione di un codice unico; e quella che vedeva il rischio di una «civiltà» del diritto commerciale, una volta che questo fosse stato inquadrato in un codice unico: da qui l'idea di mantenere un'ampia capacità di sviluppo della disciplina sotto l'egida di un codice separato (senza però arrivare a sostenere il mantenimento di una giurisdizione separata: l'abolizione dei tribunali di commercio, avvenuta nel 1889, non trovò opposizioni nella dottrina giuscommercialistica⁽³¹⁾).

Oggi, a un secolo di distanza, in un mondo in cui la disciplina delle imprese e dei mercati ha preso il sopravvento (quantitativo e come peso specifico) nell'orizzonte complessivo del diritto privato, il problema di dare al diritto commerciale uno scudo protettivo costituito da un codice separato non mi sembra attuale. Il problema è

⁽³⁰⁾ V. comunque da ultimo, sul tema, C. CASTRONOVO, *Il Codice civile italiano: significato storico e ideale*, in «Europa e diritto privato», 2019, p. 1167 e ss., il quale afferma che la codificazione risponde tuttora validamente ad una «esigenza di soluzione dei problemi giuridici che non voglia perdersi nel contingente quotidiano».

⁽³¹⁾ Ho segnalato in altra sede la coincidenza della data di abolizione dei tribunali di commercio con quella di costituzione della giurisdizione amministrativa speciale in Italia, con l'importanza decisiva che l'istituzione della giustizia amministrativa ha avuto nella costruzione di una importante dottrina autonoma del diritto amministrativo. Il fatto si spiega perché l'istituzione di una giustizia amministrativa, se pur speciale, era comunque percepita come un allargamento della tutela giurisdizionale del cittadino rispetto alle precedenti esperienze di giustizia domestica, mentre i tribunali di commercio erano percepiti come un retaggio di un passato corporativo superato, sicché la loro abolizione, pressoché in tutta Europa, non fu seriamente contrastata neanche dai giuscommercialisti dell'epoca. *Supra*, nel testo, si è segnalata l'esistenza di una recente contropinta verso l'istituzione di giudici specializzati.

piuttosto quello della possibilità di costruire in sede dottrinale — anche al di là delle divisioni disciplinari — una dottrina generale delle imprese e dei mercati, capace di indicare principi e concetti idonei a dare una cornice coerente alla miriade di regolazioni di settore.

Da questo punto di vista, è centrale il tema della tecnica di costruzione dei testi normativi, che oggi vede prevalere la tendenza a regolazioni minute e continuamente mutevoli. In effetti, anche una serie di testi normativi separati, purché costruiti con tecnica codificatoria, può fornire base per la costruzione di dottrine sistematiche unificanti, mentre un codice unitario, se derogato da una miriade di testi speciali di estremo dettaglio, poco aiuta in tal senso.

Per altro verso, dovrebbe oggi riconoscersi la superiorità del modello di codice unico, purché improntato alla valorizzazione delle peculiarità e della forza espansiva del diritto dell'impresa e dei mercati e sull'idea che le norme generali tradizionali di diritto civile patrimoniale hanno oggi, nel sistema, una posizione residuale e non quella di disposizioni di principio⁽³²⁾.

5.13. Possono formularsi allora alcune riflessioni conclusive, ancora incentrate, come nell'impostazione del libro curato da Birocchi, sull'esperienza italiana.

Anzitutto va ribadito che oggi la disciplina delle imprese e dei mercati copre una materia vastissima, quantitativamente molto più ampia di quella coperta dal diritto civile. Come rilevato da diversi autori sopra commentati (Embido Irujo, Caroni), non ha più senso continuare a qualificare il diritto commerciale come diritto speciale rispetto al diritto civile.

Questa idea della specialità del diritto commerciale ha forti radici storiche, tanto da essere formalmente accettata anche oggi da giuristi commercialisti autorevoli⁽³³⁾, e in Italia è forse più forte che altrove,

⁽³²⁾ Faccio solo un esempio, fra i tanti possibili: la norma dell'art. 2740 c.c., che fissa la regola dell'unità del patrimonio e della responsabilità patrimoniale generale del debitore, è stata tradizionalmente (ed è spesso ancor oggi) considerata norma di principio, con la conseguenza che patrimoni separati o autonomi e vincoli di destinazione patrimoniale dovrebbero considerarsi eccezionali nel sistema ed ammissibili solo in presenza di eccezioni tassative di legge. Un'evoluzione, che ha preso le mosse dal diritto dell'impresa, dovrebbe però portare oggi a riconoscere la normalità e l'efficienza dei vincoli anche unilaterali di destinazione patrimoniale, purché adeguatamente pubblicizzati, e quindi la possibilità di interpretazioni estensive delle norme che li prevedono, nonché il carattere residuale e non di principio oggi assunto dalla norma in questione.

⁽³³⁾ Mi riferisco, in particolare, a P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale, oggi: appunti*, in «Orizzonti del diritto commerciale», 2015, 3, che rivendica un primato attuale del diritto commerciale, con compressione degli spazi di vita sociale regolati da norme di puro diritto civile, ma infine riconosce che «al diritto commerciale debba ri-

tanto che da noi, con una terminologia che per fortuna non sembra trovare riscontro nelle esperienze di altri Paesi, si parla spesso (da parte di giusciviliti) del diritto civile come « diritto primo » e delle altre discipline (diritto commerciale compreso) come « diritti secondi »⁽³⁴⁾.

La concezione del diritto commerciale come diritto speciale rispetto al civile oggi non può essere mantenuta, non solo per il profilo quantitativo prima segnalato, ma soprattutto perché non ha senso considerare il concetto di impresa (ritenuto centrale nella disciplina commercialistica) come speciale rispetto a quello di individuo proprietario (centrale nella dogmatica civilistica classica). L'impresa non è un « individuo collettivo » o un super-individuo — anche se la tentazione di considerarla tale è frequente, nell'esperienza giuridica, con risultati molto discutibili⁽³⁵⁾ — ma un'organizzazione stabile, a scopo vincolato, nella quale diversi individui svolgono ruoli funzionali complementari. Perciò non è entità speciale, ma diversa rispetto all'individuo. La permanenza di una « parte generale del contratto » incentrata sull'atto di disposizione dell'individuo proprietario, con qualche derogazione speciale per i contratti imputati ad imprese, è un anacronismo:

conoscersi il 'primato' in termini di espansione regolatoria anche sui rapporti privati e, dall'altro lato, al diritto civile la funzione ordinante e razionalizzatrice del sistema attraverso i suoi propri paradigmi, principi, concetti, categorie, che tuttavia permanentemente si evolvono traendo proprio dal diritto commerciale». Forse, nel ragionamento di M., in larga parte condivisibile nei suoi sviluppi interni, il rapporto attuale fra diritto civile e diritto commerciale non è concepito in termini di generalità/specialità (dato che egli afferma che il diritto generale si evolve soprattutto in funzione degli sviluppi del diritto commerciale), ma proprio ciò rende incoerente — a mio avviso — il riconoscimento al diritto civile, come partizione accademica, di una « funzione ordinante » sull'intero ordinamento.

⁽³⁴⁾ Sul tema, per posizioni favorevoli e posizioni critiche, v. *Diritto civile e diritti speciali*, a cura di A. Plaia, Milano, Giuffrè, 2008. A conferma di qualche difficoltà di rapporto fra le due discipline, può segnalarsi che chi ha proposto questa terminologia, in un suo recente e pregevole intervento (CASTRONOVO, nt. 25), rievoca la storia del Codice civile del 1942 senza dare risalto al tema dell'unificazione dei codici, né alla tesi della c.d. commercializzazione del diritto privato.

⁽³⁵⁾ Questa tentazione si è presentata più volte nell'esperienza americana. Celebre è il caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), in cui la Suprema Corte dichiarò incostituzionale, per violazione del diritto di libertà contrattuale dell'impresa, una legge dello Stato di New York che poneva un limite all'orario di lavoro dei panettieri. Più di recente, altrettanto celebre (e sempre negativamente) è la sentenza *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), che ha affermato l'incostituzionalità di norme limitanti il finanziamento delle imprese a favore di uomini politici, perché contrarie alle libertà di opinione delle imprese.

continuare a predicare di una libertà contrattuale dell'impresa, circondata delle stesse tutele che merita la libertà dell'individuo che decide di disporre, o meno, dei suoi beni personali, significa solo fare cattiva giurisprudenza.

Così pure, i mercati odierni — si è già notato — non si riducono ad una serie di scambi individuali, ma sono organizzazioni complesse che disciplinano le attività di produzione e di collocazione dei beni delle imprese fino al livello del consumo finale: le norme antitrust non sono poste a tutela della libertà negoziale delle imprese, ma la limitano per evitare che sia impiegata a danno dell'efficienza complessiva dei mercati.

Questa situazione non induce al rilancio della formula della «commercializzazione del diritto privato». Una parte del diritto privato deve continuare ad essere incentrata sull'individuo, i suoi diritti, le sue libertà, anche di disposizione dei propri beni. In questa prospettiva, la libertà contrattuale torna ad avere il suo ruolo centrale⁽³⁶⁾.

Il diritto privato attuale dovrebbe dunque essere pensato come un insieme di regole e principi così articolati e non certo come diritto civile trasformato dalla generalizzazione delle regole commerciali, ferma restando la *vis expansiva* e la possibilità di applicazione di queste ultime nel vasto campo della disciplina di imprese e mercati.

5.14. In questa situazione, presente e futuro di quella disciplina del diritto commerciale che si è costruita a livello accademico nel XIX secolo sembrano segnati da un'alternativa:

— o accettare definitivamente la frammentazione della disciplina in una serie di specialismi di alta qualità, come avviene già in molti Paesi (*Corporate Law, Banking and Finance Law, Competition Law, Intellectual Property Law, International Commerce Law* etc.); prospettiva probabile, e comunque dignitosissima;

— o riprendere e rilanciare la sfida lanciata più di un secolo fa dai fondatori della disciplina e concepire il diritto commerciale come una disciplina generalista, volta a delineare principi, norme e concetti generali del diritto delle imprese e dei mercati, costituenti parte integrante del diritto privato generale; e comprensiva anche (come avviene in altre discipline giuridiche, come diritto penale o diritto amministrativo) di una parte speciale, articolata per diversi settori economici.

⁽³⁶⁾ Per continuare con un esempio, direi che il *right of publicity* dell'individuo che decide di fare *merchandising* del proprio nome o della propria immagine merita di essere circondato di tutte le garanzie possibili a tutela della libertà del volere; lo stesso non può valere per i contratti di pubblicità stipulati dalle imprese che comprano o vendono spazi pubblicitari.

Questa seconda prospettiva è poco probabile. Il nostro non è un tempo in cui alla giurisprudenza colta pervenga una domanda di grandi teorie da parte del potere pubblico (e tanto meno, ovviamente, da parte dei committenti privati). Il ripiegamento specialistico del diritto commerciale non è frutto di modesta qualità o di modeste ambizioni culturali dei suoi cultori, ma è un segno, fra i tanti, dell'evoluzione del diritto contemporaneo.

Ciò non toglie che il bisogno dell'azione razionalizzatrice delle dottrine giuridiche sia ancora attuale e sentito e, con ciò, la possibilità che una ripresa di vocazione generalista del diritto commerciale, in continuità ideale con il movimento di pensiero illustrato nel libro curato da Birocchi, possa essere riproposta dagli attuali cultori più giovani della disciplina, andando in controtendenza rispetto ai segni dei tempi che sopra richiamavo. Questo, malgrado tutto, rimane il mio auspicio.

Direi anzi, conclusivamente, che il punto non è quello della rivendicazione di un'autonomia della disciplina: il diritto delle imprese e dei mercati è comunque centrale nella vita contemporanea, ed è buona cosa che se ne occupino, come oggi correntemente avviene, anche cultori di discipline accademiche diverse dal diritto commerciale, come il civile o il costituzionale o l'amministrativo. Il punto centrale è quello di riuscire a professare, in una prospettiva generalista, una continuità di metodi di studio e un impegno costruttivo e riformistico del giurista, pari a quelli che avevano caratterizzato la grande stagione della dottrina giuscommercialistica italiana.

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

DERECHO INGLÉS Y CIVIL LAW:
LA «CONVERGENCIA ASINTÓTICA»

(A propósito de John Cartwright, *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, Cizur Menor, 2019)

1. La ocasión de esta reflexión. — 2. Circunscripción del objeto de la misma. — 3. El contraste entre el Derecho inglés y el *civil law* a la hora de la determinación de la ley aplicable en la exposición de Cartwright. — 4. Contraste tal vez demasiado agudo para el *civilian lawyer* de la presentación de Cartwright. — 5. Intensa facticidad y casuismo en la historia de los ordenamientos del *civil law* y persistencia de la misma. — 6. Facticidad y normatividad en los ordenamientos de *civil law* y los de *common law*. *Appeal* y casación. — 7 La interpretación de la ley en *civil law* y la huida de cánones literalistas, como tradición contraria a la del *common law*. No obstante, el texto funciona como premisa y límite de cualquier operación interpretativa. — 8. Los momentos de crisis de la primacía del texto. — 8.1. La interpretación evolutiva. — 8.2. La interpretación *secundum Constitutionem*. — 8.3. La descodificación, la recodificación y el impacto de las tendencias uniformadoras del Derecho Europeo. — 8.4. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. — 9. La paradoja del nuevo Derecho del *civil law*. La necesidad de la ley y el incremento del papel de la jurisprudencia. — 10. El deterioro del control nomofiláctico en el *civil law*. — 11. Nacimiento de un Derecho de la Unión de cuño jurisprudencial. — 12. Principio, regla y sentencia en *civil law*: una nueva vuelta de tuerca en dirección al papel de la jurisprudencia. — 13. Principio, regla y sentencia en *civil law*, una tormentosa relación. — 14. La cuestión de la determinación de la ley aplicable en el *civil law* está muy lejos hoy del recurso a un conjunto sistemático de principios. — 15. Líneas de tendencia del Derecho inglés como visiones especulares de problemas del *civil law*. — 16. Precedentes no vinculantes en *civil law* y en Derecho inglés, un territorio común. — 17. La afirmación de los métodos tradicionales de interpretación de los *statutes*, y sus recientes puntos de fuga. — 18. Influencia de los Tratados de la Unión y del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la utilización de mecanismos interpretativos ajenos a la tradición inglesa. — 19. Conclusiones. Aproximación y diversidad. El distinto origen de los depósitos sapienciales en *civil law* y *common law*. La «convergencia asintótica» del Derecho inglés y los Derechos europeos de matriz-romano canónica.

1. La ocasión de esta reflexión la brinda el hecho de la traducción al español del libro de John Cartwright, todo un clásico, pese a los pocos años desde su primera edición. La traducción ha sido auspiciada por el Centro de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, y, como todas las traducciones, ha

sido grave empeño, conducido con gran éxito por Juan Pablo Murga, y revisada con su habitual rigor científico por el profesor Capilla Roncero, y en el que se ha contado con la impagable colaboración del propio autor.

2. Como es evidente, la reflexión que me propongo desarrollar, aunque propiciada por la ocasión, va más allá de ella misma, e intenta poner de manifiesto algunos aspectos relativos a un concreto punto de la obra de Cartwright, que es el presupuesto de toda ella: la determinación del Derecho aplicable⁽¹⁾. La exposición del autor es absolutamente esencial para el buen entendimiento de toda la obra (y a decir verdad de todo el *common law* de raíz clásica, esto es, la que se ajusta al paradigma inglés), dado que en ella no se contiene una exposición al uso de las fuentes del Derecho, sino una verdaderamente notable exposición de como se razona jurídicamente en dicho sistema jurídico⁽²⁾. La ilustración de este modo de razonar por el autor deviene fundamental para la comprensión de los *civilian lawyers*, porque su base argumental es la de un Derecho que no conoce un modo de ver altamente formalizado y jerarquizado del sistema de fuentes, como con más o menos diferencias, pero coincidencia esencial, es propia del *civil law*. Esta ilustración es connatural al propósito del propio autor, que indica como destinatario de la obra los juristas del Derecho continental⁽³⁾.

Aunque la intención del autor sea aplicar su discurso al Derecho del contrato, acaba trascendiendo a este⁽⁴⁾ y, a mi modo de ver, justifica alguna meditación sobre el modo de razonar en el entero *common law* «clásico», como queda indicado. Debe añadirse que dispo-

⁽¹⁾ *Introducción al Derecho inglés de los contrato*, Cizur Menor, 2019 (de ahora en adelante *Introducción*), «Capítulo 2. La determinación del Derecho aplicable», pp. 55-93.

⁽²⁾ Para una extensa valoración de la obra en su conjunto, puede verse F. OLIVA BLÁZQUEZ, en «Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial», 2019, pp. 517-524. Oliva pone de relieve la esencialidad e importancia del punto concreto al dedico estas reflexiones, p. 524.

⁽³⁾ Propósito indicado expresamente por Cartwright, «Presentación de la edición española», pp. 29-30.

⁽⁴⁾ El propio Cartwright es sabedor, como no podía ser de otra forma, de que estamos ante un discurso general: «En este capítulo, consideramos algunas de las consecuencias prácticas que se derivan de las características generales del sistema jurídico del *common law* que se esbozaron en el primer capítulo», p. 55, haciendo referencia a la mas que notable exposición canónica que inaugura el libro sobre el sistema de *common law* en Inglaterra y los sistemas de *common law* en el mundo, pp. 39-55.

nemos de abundantes noticias del libro en lo referido a la concreta materia contractual, y ello desde su primera edición (2007). No obstante, puede que no sea inútil, más de una década después, algún apunte general sobre la específica cuestión del modo de razonar de los juristas ingleses, tal como nos la presenta Cartwright, con iluminación que, repetimos, va más allá del ámbito del contrato.

3. La exposición de Cartwright, y precisamente por su expreso propósito general antes referenciado, es un constante diálogo de las soluciones del *common law* inglés sobre la determinación del Derecho aplicable con las que suministra el *civil law* a la misma cuestión. Es el suyo un relato que busca deliberadamente exponer lo propio en contraste con lo ajeno. Son los elementos de este contraste y los resultados a que finalmente se llegan los que motivan estas líneas. Entiéndase: queda fuera de mi intención alcanzar, si acaso estuviera dentro de mis posibilidades, ninguna conclusión crítica sobre las estructuras generales del Derecho inglés que sustentan el discurso de Cartwright, habida cuenta de que él mismo las describe con precisión y señala sus aspectos mas fluctuantes e históricamente variables⁽⁵⁾.

Con estas premisas, conviene partir de la premisa general de carácter comparativo de la que parte Cartwright para su discurso. En este punto se hace necesario transcribir, por su admirable equilibrio en la presentación, las palabras del propio autor:

No existe un único conjunto coherente de principios jurídicos que permita deducir la respuesta a una cuestión jurídica. El razonamiento jurídico de un jurista de common law no parte de un principio general-como un principio legislativo general que podría encontrarse típicamente en un 'código' de un si-

(5) El abandono de la tradicional teoría «declaratoria» de las decisiones judiciales (pp. 78-80); la no despreciable fuerza persuasiva de los *obiter dicta* (p. 64); los problemas del cambio de precedentes, tanto por la presencia de la *Human Rights Act* con su correlativa interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por otras razones (aunque de manera, en estos casos, bastante renuente) (pp. 66-70); la incidencia de la anteriormente citada *Human Rights Act* sobre la interpretación de la ley escrita (pp. 73-74); las moderada posibilidades (pero posibilidades al cabo), rompiendo con la tradición anterior de tener en cuenta los materiales pre-legislativos y parlamentarios (pp. 75-76), y de imprimir un sentido dinámico para darle a las palabras de la ley un sentido equivalente moderno para tener en cuenta los cambios relevantes en la materia objeto de una ley desde su aprobación (p. 76); las (modestas) restricciones a la interpretación literalista de la ley escrita (p. 77); entre otras cuestiones reveladoras de la existencia de un ordenamiento que evoluciona incluso dentro de sus parámetros tradicionalmente conservadores, en una siempre ponderada huida de la propia petrificación.

stema de civil law. Las respuestas a las cuestiones jurídicas — y las soluciones a los litigios — se basan generalmente en los hechos del caso en cuestión y en las soluciones particulares de casos singulares anteriores, más que en declaraciones de principio generalizadas. Por supuesto, el Derecho anglosajón reconoce las normas generales del Derecho, y las jurisdicciones de *common law* consideran que los textos legislativos tienen un papel muy importante. Pero el razonamiento es diferente, ya que en él se reflejan diferentes modos de ‘encontrar el Derecho’. Los matices de esto se examinan con mas detalle en el capítulo dos⁽⁶⁾.

Ahora bien, a mi modo de ver, aquel equilibrio es conseguido, en cierto modo, a costa de una visión algo esquemática del complejo funcionamiento del razonamiento jurídico en los sistemas de *civil law*.

4. En efecto, la contraposición, tal como la formula Cartwright, resulta demasiado aguda para un *civilian lawyer*, tanto de la tradición latina como de la tradición germánica. Si aceptamos una unidad esencial de los motivos de la Codificación (instauración de un sistema propietario congenial a la burguesía conservadora — otrora revolucionaria contra el *Ancien Régime* —, ideal de simplificación, búsqueda de un carácter exhaustivo y completo de las respuestas de los Códigos a cualquier problema), es obvio que desde esos trazos comunes la comparación con el *common law* resulta muy nítida y extremadamente eficaz, y se diría correcta, pero solo desde un punto de vista macroscópico, que oculta importantes matices; matices que finalmente, ponen en cuestión a los propios sistemas del *civil law*, si se los ha de entender solo como gobernados por la ley escrita y dando un papel menor o absolutamente subordinado a ella de las decisiones judiciales.

5. En primer lugar, no se ha de olvidar, y en primer lugar por los *civilian lawyers* (que son los que con mas frecuencia lo hacen), que si bien resulta que la Codificación no es una página más de la historia de la legislación, sino la puerta de entrada a un universo jurídico, y precisamente el de la modernidad, tampoco debe quedar en la desmemoria que la historia del *civil law* desde sus fundaciones no es una historia de leyes escritas, sino mas bien la de la forja de soluciones desde el taller de la praxis, fuertemente impregnadas de facticidad, en el marco general de la costumbre, y al fin y la postre, un depósito sapiencial en el que la *interpretatio prudentium* parte de un concepto de *lex* no como mandato, sino como revelación de un orden

⁽⁶⁾ *Introducción*, p. 51, apartado B). El subrayado de la frase inicial es de Cartwright.

jurídico preexistente; y aunque el punto de partida como dato normativo sea la *lex romana*, la finalidad de su efectividad en la práctica propicia el papel de la *ratio legis* frente a sus *verba*, y el de la *aequitas*; y este último es capital, porque al predicar la igualdad de trato para situaciones similares, vista en su concreción, da lugar a un razonamiento factual y a una fortísima conexión con la experiencia. Este depósito sapiencial, con fuertes variantes entre sí, materiales y territoriales, será el que inspire las decisiones judiciales. Esta es la sustancia histórica del *civil law*, antes de la Codificación⁽⁷⁾, y cabría preguntarse si esta, instrumento y bandera del derrocamiento del Ancien Régime, la cancela.

Creo que, a pesar de estar plenamente instalada la consciencia de que la Codificación, consagrada como valencia cuasi-constitucional del «sujeto-histórico-burguesía», no arroja una fractura nítida en relación con el mundo jurídico anterior a los Códigos, hasta el punto de que se sostiene, específicamente en relación con el arquetipo *Code*, que se trata, en buena medida, de un palimpsesto de aquel, singularmente por la influencia de Pothier⁽⁸⁾.

Con todos los temperamentos que se quiera, y aún dentro de un rígido y jerárquico orden de fuentes, creo que persisten en los ordenamientos del *civil law* la entraña casuística (y en consecuencia, portadora de facticidad) y un razonamiento prudencial en consonancia con ella, aun dentro de un primado cada vez más en declive de la ley escrita. Es dato que no debe dejar de tomarse en cuenta a la hora de cualquier contraste con el *common law*. Una visión dinámica de los ordenamientos codificados creo que justificará la anterior afirmación, visión que debe partir de manera inexcusable de la observación y análisis de la jurisprudencia.

6. El papel de la jurisprudencia, o mejor, el de todas y cada una de las decisiones judiciales, resulta ser fruto de un proceso que es, en la inmensa mayor parte de los casos, un entramado inextricable entre

(7) Así es la superior enseñanza contenida en el libro de Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, *passim*.

(8) Sobre el punto, Paolo GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert Joseph Pothier e la proprietà moderna)*, en estos «Quaderni», 14 (1985), pp. 401-459. En época reciente, yo mismo he revisitado su enseñanza, concluyendo mi acuerdo en términos globales, con algún disenso puntual, y dando al fenómeno del palimpsesto un alcance más general del que en principio parece darle Grossi, al tiempo que señalo la insuficiencia para el jurista positivo de intentar solucionar problemas con la exégesis, en mi opinión. Vid. Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Absolutismo jurídico: uno sguardo spagnolo, vent'anni dopo*, también en estos «Quaderni», 48 (2019), pp. 455-459.

los hechos y las normas; y, por la propia naturaleza de la actividad jurisdiccional, como tal proceso es idéntico en el *civil law* y en el *common law*. Sin embargo, es precisamente en la *ars combinatoria* de hechos y normas (del tipo que sean, sentencias o leyes escritas) donde radica, a mi juicio, no solo un procedimiento distinto, sino un *ordo mentis* diverso del *common lawyer* y del *civilian lawyer* a la hora de la determinación del Derecho aplicable.

Para el jurista del *common law* consiste precisamente en la consideración de lo fáctico como elemento esencial del razonamiento a partir de casos, y en consecuencia para la construcción de los precedentes y de su mantenimiento en el futuro; así lo expone Cartwright⁽⁹⁾, con suma precisión y exquisitos matices. Esta esencial conexión entre facticidad y normatividad, a través de la sentencia, y los métodos restrictivos a la hora de la interpretación de la ley, tienen un corolario (¿o es un presupuesto?) de orden procesal, que es la ausencia en la jurisdicción inglesa de un mecanismo nomofiláctico; el recurso contra las decisiones de jueces o tribunales de grado inferior es siempre un *appeal*, con su siempre presente carácter (de una forma u otra más o menos amplia) de *iudicium duplex*, en la terminología procesal tradicional. En una suerte de razonamiento especular, se podría entender que en las jurisdicciones del *civil law* el razonamiento sería justamente el inverso.

No obstante, y este es el propósito de estas líneas, existen importantes puntos de fuga en ambos sistemas, como para que las aproximaciones esquemáticas resulten demasiado rígidas, y como natural consecuencia, difuminadas de líneas de tendencia, que sin duda no fragmentan los modelos, pero que arrojan puntos significativos en el mecanismo de las soluciones de problemas concretos. El resultado parece ser la generación de proximidades y cercanías, que dan lugar a convergencias tal vez de mayor calado del que se podría ver en una visión macroscópica, aunque los trazos gruesos sigan siendo los predominantes en una contemplación «tradicional».

No obstante, antes de llegar a una conclusión sólida en el sentido indicado, y puesto que estamos revisando la «mirada del otro», conviene gastar algunas líneas sobre como ha llegado a desenvolverse lo que originariamente los *civilian lawyers* consideramos «nuestro».

7. Se debe convenir que una tendencia del *civil law*, justamente contraria a la del *common law*, es la del alargamiento de las reglas de interpretación de la ley, incluso antes de los fenómenos codificadores, lo que arranca del propio Derecho intermedio de la tradición romaní-

(9) *Introducción*, pp. 78-90.

stica, que deriva de la *comprehensio legis* a la *extensio legis*, con todo lo que ello habrá de significar en la búsqueda de una *mens legis*, basada en su *ratio*, nunca concebida como una mera manifestación de voluntad; pero sin olvidar el pensamiento del legislador como indicativo no de un mandato general, sino como ilustrativo de aquella *ratio*, y desde luego privilegiando siempre *in primis* la dicción literal cuando ella era suficientemente expresiva del real significado de la regla; solo a partir de la insuficiencia o exceso de la dicción se propicia la interpretación extensiva o la restrictiva, y en casos límite, la correctora⁽¹⁰⁾ Debe añadirse que el problema de la aplicación analógica se pone en otros términos históricos y conceptuales, pues el procedimiento de autointegración que supone, tanto si hablamos de analogía *legis* (argumento *a simile*), como si lo hacemos de analogía *iuris* (recurso a principios generales del ordenamiento), nos coloca, a mi juicio, mucho más allá de la interpretación de las normas, y bastante cerca de la creación de una norma⁽¹¹⁾. Con esta herencia, es evidente que desde

(10) Ilustraciones esenciales en V. PIANO MORTARI, *Interpretazione (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXII, pp. 277-293, especialmente pp. 281-285.

(11) Sé perfectamente que esta afirmación se aparta de la enseñanza tradicional y de autoridad, que ve en la analogía un *continuum* de la tarea interpretativa. *Ad rem*, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 47-51, L. CAIANI, voz *Analogia*, en *Enciclopedia del Diritto*, II, pp. 354-356. Ahora bien, la tesis de la «declaratividad» de la analogía frente a la de su «creatividad» es sostenida sobre la base de crear sus propias premisas de partida, no ciertamente indiscutibles. En mi opinión, como elemento de la operación lógico-jurídica de determinación del sentido y alcance de la norma, es innegable la continuidad; pero ello predicaría una integración de la interpretación propiamente dicha en lo que llama TARELLO interpretación — actividad frente a interpretación-producto, quedando el empleo de la analogía encuadrado en un concepto mucho más amplio (y no coincidente con la interpretación — actividad íntegramente) que se conoce como aplicación de la ley (*L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 39-49). Es más, si como quieren los defensores de la «declaratividad» de la analogía, esta se funda en la necesidad de que su actuación funcione en el contexto global del ordenamiento, lo lógico es negar la existencia de la llamada analogía *iuris* y su resolución en analogía *legis*, como muy bien pone de manifiesto el mismo TARELLO, *ibid.*, pp. 382-387. Cómo es lógico, abordar esta cuestión en profundidad excede con mucho de la finalidad de estas líneas. Sobre esta cuestión y sobre la analogía en general, debe consultarse el trabajo, con interesantes encuadre y observaciones, y buen aparato doctrinal y jurisprudencial (español, muy ilustrativo) de G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines*, en «Anuario de Derecho Civil», 2012, pp. 101-1073. Con todo, y se mantenga en sede teórica una u otra opinión (para mí, cualquiera de ellas si se llevan al límite, acaban fuertemente teñida de artificial dogmatismo, y de ahí la importancia de reflexiones empíricas como las de Cerdeira) no creo que al jurista práctico — al que siempre debemos

muy temprano la mera aproximación gramatical al mandato normativo ha parecido insuficiente a los *civilian lawyers*, que siempre han visto el presupuesto de hecho de dicho mandato como una sinécdoque de una mayor y más compleja realidad⁽¹²⁾.

Desde esta percepción, que en principio es en la apariencia puramente gramatical, resulta fácil la extensión de los mecanismos literales a otras indagaciones del sentido y alcance de las palabras de la norma, a la búsqueda de la *ratio* de las mismas, lo que propicia la salida de literalismo como canon hermenéutico, aunque (y no debe dejar del subrayarse a la hora del contraste con el *common law*) la prevalencia de dicho canon, tanto cuando es operativo en sí mismo, como en los casos que se pretende superarlo, lo que exige siempre su consideración como premisa de cualquier otro mecanismo.

Cuando se planea la superación de los cánones de interpretación⁽¹³⁾ que tienen por base la dicción literal del texto (en ellos hay que incluir los llamados lógico y sistemático, pues ambos tienen que tomar como punto de partida el campo semántico de la norma a interpretar u otra u tras del mismo ordenamiento) el primer auxilio viene de la consideración de razones históricas influyentes en su formulación. La tarea es siempre delicada, y de alguna manera se encuentra implicada en la vieja disputa sobre si se debe atender a la *mens legis* o a la *mens legislatoris*, aunque también cabe entenderla de una manera más objetiva como la prevalencia de contextos originales frente a contextos posteriores.

En cualquier caso, el decidido rechazo a las concepciones subjetivistas o adheridas en exclusiva a los contextos originales ha venido en

oír — escape que su carga para instrumentar una operación de interpretación (incluida la extensiva) supone necesidades argumentativas (siempre decisivas en las solución de problemas jurídicos) bien distintas a las que le conlleva la aplicación analógica; sobre todo en la llamada analogía *iuris*; entre otras cosas, porque requiere la interposición de juicios de valor, lo que es siempre una compleja y delicada tarea, si se la quiere conseguir sin contaminaciones arbitrarias, en el sentido de no propiamente jurídicas. Esta necesidad de los juicios de valor en el proceso interpretativo (que, como queda dicho, para él comprende también la aplicación analógica) es resaltada precisamente por Caiani (*I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954), como he tenido ocasión de comentar en *Conversaciones con difuntos*. Luigi Caiani: *Analogía*, en estos «Quaderni», 29 (2000), pp. 303-337. Me reafirma en mi convicción sobre el dilema interpretación-creación la conflictiva relación entre principio, regla y sentencia de que después hablaré.

(12) Ricas sugerencias en P.G. MONATERI, *Le sineddoche: formule e regole del diritto delle obbligazioni e contratti*, Milano, 1984.

(13) En la formulación tradicional que debemos a SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlín, 1840, pp. 207-208, especialmente p. 213 y ss.

propiciar una interpretación de carácter objetivo, que sin despreciar los elementos históricos de formación u origen de la norma a interpretar, acaba poniendo como límite a su utilización a la posible y plausible continencia de su resultado dentro de los límites del texto⁽¹⁴⁾. Este modo de ver las cosas se aplica tanto a los materiales históricos propiamente dichos, como a los materiales prelegislativos y a las Exposiciones de Motivos⁽¹⁵⁾, que aunque se integren en el mismo puesto histórico de las disposiciones normativas, y no formen parte de las mismas, intentan.

8. A partir de esta primacía, con mayores o menores matices y uso más o menos intenso de medios concomitantes con una indagación del texto de acuerdo con el sentido propio de sus palabras, se abren momentos de crisis en la interpretación de la ley.

8.1. Un concreto (y verdaderamente singular) de estos, el primero que quizá marca la salida hacia horizontes distintos de los que suministran los métodos tradicionales, fuertemente conectado con una re-

(14) Trayecto recorrido de Savigny a Windscheid, que se consolida como posición dominante, que se pondrá en relativa quiebra con la cuestión de la interpretación histórico evolutiva, del que nos ocuparemos posteriormente. Sobre el punto, PIANO MORTARI, *Interpretazione*, cit., p. 226.

(15) *Ad rem*, P. SALVADOR CODERCH, *Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica*, en ID., *La compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, pp. 449-479, subrayando la continuidad del éxito, con unos u otros entendimientos, de la «doctrina del medio auxiliar», como posibilidad y límite de la argumentación interpretativa fundada en documentos históricos; aunque instrumentalmente da un gran valor a los materiales legislativos. Cerdeira Bravo de Mansilla también circunscribe su influencia en el resultado de la interpretación, al concluir que los materiales prelegislativos solo pueden servir para una interpretación declarativa (sea lata o estricta) de la ley, sin permitir su modificación, aunque, por ello mismo, evitando cualquier tergiversación del verdadero sentido de la ley en *El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos*, en «Anuario de Derecho Civil», 2019, pp. 748-792; es trabajo rico de referencias y sugerencias sobre algunos temas que yo he solo abocetado. El mismo autor se ha ocupado separadamente del valor para la interpretación de la ley de las Exposiciones de Motivos, en su libro *Principio, realidad y norma: el valor de las Exposiciones de Motivo (y de los preámbulos)*, México-Madrid, 2015, dándoles un valor mayor al que les atribuye la doctrina dominante. No es este lugar para valorar en profundidad la muy bien trabada argumentación de Cerdeira, pero en principio no comparto la premisa de que las exposiciones o los preámbulos formen parte de la norma, en tanto en cuanto mandado.

novada perspectiva del sentido histórico de las normas, es el que marca la aparición de la llamada «interpretación evolutiva».

Empero, a mi modo de ver, la categoría ha quedado reducida a confines modestísimos. En efecto, la mayoría describe la operación conocida con el nombre de interpretación evolutiva como la utilización en el proceso interpretativo del llamado argumento sociológico, para concluir en un resultado declarativo, extensivo y restrictivo, que no permite corrección alguna del texto y exige la conservación del efecto práctico esencial; algunos van más lejos y permiten dar un nuevo sentido a una disposición pero con respeto a la letra que enunciaba el sentido antiguo, operación en principio carente de lógica porque no se sabe muy bien por qué conservar el texto si no se quiere conservar el sentido. Digo en principio porque puede no carecer de lógica si se quiere utilizar el elemento sociológico para conservar parte del sentido antiguo, o incorporar a él un nuevo supuesto, o restringir parcialmente el originario. Podemos convenir en esto, y entonces la categoría de la interpretación evolutiva sirve para prescindir de la teoría histórica o psicológico-decisionista (*voluntas legislatoris*), para fortalecer la teoría de la *voluntas legis*; pero esto ya parece que era un acervo conseguido, incluso sin la nueva categoría.

En el fondo, si en las posibilidades de la interpretación evolutiva no se comprende, en el límite, la posibilidad de la *interpretatio contra legem*, la interpretación evolutiva carece de autonomía conceptual, y no podría acoger las soluciones a las que debería ser llamada, o para las que, según parece se concibió. Poca utilidad y virtualidad del «nuevo instrumento», desde el momento que los fallos judiciales la contemplan de modo tan reductivo, al afirmar que no puede llegar a interpretar un precepto conculcando su texto literal, ni permite tergiversar la ley, cambiarle de sentido, o darle una aplicación arbitraria, llamando siempre a la cautela en la aplicación del canon de la realidad social.

Uno acaba preguntándose al final si los resultados que se consiguen con este elemento interpretativo no podrían ser conseguidos con los tradicionales; y de nuevo se pone de manifiesto que el texto de la norma es un valladar infranqueable, en sí mismo, o como ineludible premisa de otros instrumentos de interpretación ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Permítaseme remitirme a un trabajo mío, donde me he ocupado ampliamente del tema, con referencias doctrinales generales y específicas, y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, relevante mas allá del ámbito domestico, dado que el Código Civil es quizá el único que hace referencia específica a la interpretación evolutiva («la realidad social del tiempo» en que han de aplicarse las normas: artículo 3.1 del Código civil español), que se añade a los tradicionales cuatro «elementos» de la interpretación, que hemos heredado de Savigny. Me refiero a A.M. LÓ.

8.2. Otro momento de crisis en la interpretación de la ley en bastantes países del área europea del *civil law* han venido determinados por la aparición de las Constituciones del Estado social, de eficacia normativa directa en materia de derechos fundamentales e indicativas de la necesidad de vertebrar todo el Ordenamiento en función del principio de igualdad sustancial.

En un primera y primaria manifestación ello ha conducido a la supresión de normas de Derecho privado (Códigos incluidos) que se oponían frontalmente a los valores constitucionales, supresión unas veces en forma de derogación, y en otros casos por una suerte de *interpretatio abrogans* (en los primeros tiempos de la transición constitucional incluso por tribunales ordinarios, no necesariamente por la jurisdicción constitucional).

8.3. Una segunda manifestación ha sido provocada por la miríada de leyes extracodiciales, emanadas para cumplir los mandatos del Estado social, que no responden al diseño ideológico liberal de los Códigos, leyes que a la hora de ser interpretadas deben tomar como punto de referencia a la Constitución, no a aquellos, dando lugar a la llamada «descodificación», proceso de ambiguos y contradictorios perfiles, pues al tiempo que priva a los Códigos de su papel central, viene acompañada de la recodificación, desde nuevos Códigos civiles, hasta la *Modernisierung* del BGB, y la gran reforma del *Code*, exigidas por el obsequio al Derecho europeo, sobre todo en la disciplina de los derechos de los consumidores. Todo ello acaece, de manera algo paradójica, cuando se propicia una codificación europea de uno u otro tipo (tradicional o de carácter principal), especialmente en materia de obligaciones y contrato y se llevan a cabo labores grandiosas, aunque no fructifiquen legislativamente, cual es el caso del *Draft Common of Reference*, codificación y *Draft* por cierto repletos de fórmulas procedentes del *common law* inglés.

8.4. La tercera, extraordinariamente importante, y que abre todo un abismo en el mundo de los Códigos, es la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares o *Drittwirkung*.

9. A poco que se piense, estas tres manifestaciones⁽¹⁷⁾ mudan esencialmente la tarea del intérprete de la ley escrita, cuya referencia

PEZ Y LÓPEZ, *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», enero-diciembre 2013, 27, pp. 173-208.

(17) Que resultan conectadas y multiplicadas por el impacto jurídico de la legislación europeas y de las tendencias unificadoras o uniformadoras no solo europeas, sino también globales, especialmente potentes en materia contractual, de lo que me

eran los Códigos, y en muchos casos las normas interpretativas en ellos contenidas. Pero no debemos engañarnos sobre el verdadero alcance de esta mutación, porque acaba haciendo cuentas con textos escritos que siempre circunscriben la interpretación, aunque pueda tener alguna excepción. No debemos olvidar que el impacto de las Constituciones en el Derecho privado, incluso en relación con los derechos de los particulares, debe ser conseguido fundamentalmente por la *interpositio legislatoris* ⁽¹⁸⁾.

No obstante, y aún siendo así, las posibilidades de creación judicial del Derecho aumentan. Es una paradoja, ciertamente, pero en *civil law*, el crecimiento exponencial de las leyes, y aún dentro del respeto a su texto, ha aumentado asimismo de manera crecida el papel de la interpretación judicial. Hay demasiados juicios de valor, demasiados ámbitos discrecionales, demasiados conceptos abiertos, para que no florezcan juicios de valor amplísimos en las decisiones judiciales; y ello, argumentos formales aparte, está muy cerca de la creación de normas, aunque asemeje un proceso interpretativo.

10. El anterior cuadro de posibilidades de la jurisprudencia aboca de modo necesario a un deterioro del control nomofiláctico, difícilísimo de articular precisamente por ese carácter abierto de la interpretación. En esta incumbencia las posibilidades de configuración de aquel control siempre juegan a favor de una amplitud de la decisión judicial, porque de las dos una: o se restringe muchísimo el acceso a la casación (o mecanismos similares), y entonces la suerte de casi todos los conflictos viene a resolverse en una segunda instancia, donde los hechos siguen siendo determinantes a la hora de la valoración de la decisión, por mucho que se hayan restringido los mecanismos probatorios, otorgándoles plenitud máxima sólo en primera instancia; o se amplía muchísimo la posibilidad de control nomofiláctico, y el problema que hemos querido echar por la puerta entra por la ventana, porque la experiencia dice que ante una plétora de asuntos variadísimos, en los que resulta muy difícil encontrar un nítido referente de «norma vulnerada» común a todos ellos, los Tribunales que están encargados del control nomofiláctico acentúan, de mejor o

ocupo después. Permítaseme de nuevo remitir a un trabajo mío, donde se encuentran las referencias esenciales sobre dichas tres cuestiones y el contexto citado: «De nuevo sobre Constitución, Código y descodificación. ¿Un Código para Europa?», en *Derecho Civil Constitucional*, Sevilla, 2015, pp. 47-76.

⁽¹⁸⁾ Ejemplar, a este respecto, el razonamiento de K. HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, 1988.

peor manera técnica, las consideraciones fácticas, aproximándose al juicio de apelación.

11. Otro momento de crisis en la interpretación de la ley, viene marcada por la influencia de la legislación europea, pero ello no provoca, según pienso, mayores problemas de interpretación de la ley, en la medida en que aquella legislación, de modo inmediato, o por la transposición del Estado miembro, se convierte en Derecho propio de este, aunque por su naturaleza *soft*, en muchas ocasiones, también es problemática. Pero la tal problematicidad puede resultar especialmente intensa en la aplicación de los Tratados, cuando no hay interposición de legislación alguna, o bien es cuestionada prejudicialmente la existente, y ello sobre todo cuando lo que se denuncia es una hipotética infracción de la Carta de los Derechos Fundamentales. Así, la eterna y recurrente polémica sobre si la jurisprudencia es fuente del Derecho se reproduce en sede europea, con el añadido de que su consideración como tal es congenial a países de la Unión del área del *stare decisis*, entre los cuales hay que incluir no solo los pertenecientes a sistemas puros de *common law*, sino también a sistemas más o menos híbridos (los países escandinavos), y desde luego, aunque sea limitadamente, a España. La postura contraria a tal consideración de la jurisprudencia, propia de la de la tradición del *civil law*, es tan consistente teóricamente (el Tribunal no crea Derecho, aplica los Tratados y el *acquis communautaire*), como irreal en la práctica. Se puede acabar concluyendo que está naciendo todo un Derecho Europeo de cuño jurisprudencial, y ello más allá de encuadramiento y significado del mismo en una u otra familia jurídica.

12. Conviene, al margen de los anteriores avatares, aunque es indudable que también puede ser consecuencia de ellos, detenerse en una cuestión que afecta a la tarea interpretativa. Me refiero a la utilización de principios no expresados directamente en una ley a los que apelar para encontrar soluciones a los casos concretos.

A decir verdad, de nuevo me parece la situación más compleja en este último caso. En los inicios del mundo de la Codificación, a esta venía atribuida un ideal de exhaustividad en la regulación que por definición no podía venir conseguida con un texto escrito, por pormenorizado que fuere. La pieza de cierre frente a la insuficiencia de dicho texto es la existencia de unos principios, que de una forma u otra se podían obtener a través de él. La solución, como es sabido⁽¹⁹⁾, es el reconocimiento en el sistema de fuentes, al lado de las

(19) Y no en todos los Códigos, que confiaban el ideal de exhaustividad a otros

tradicionales ley y costumbre (y con una visión mas o menos reductora del papel de las decisiones judiciales) de otra denominada principios generales del Derecho, que cumplía un doble e inescindible papel: en tanto en cuanto inspiradores del texto, coadyuvaban a su interpretación, y al tiempo, en caso de laguna del mismos, se erigían en fuente subsidiaria, como refugio último donde encontrar una respuesta para decidir. Alrededor de estos principios se ha agitado una interminable polémica, sobre todo a la hora no solo de su interpretación, sino también de su inividualización, llegándose a decir que los principios generales del Derecho «son como algunos cuerpos siderales, pues sabemos que existen, pero no podemos verlos y saber como son». En la economía de estas reflexiones, no cabe ir más lejos, ni creemos sea necesario a nuestro propósito. Pero hoy el problema es de un calado mayor, por las razones siguientes.

El abigarrado mundo donde deben convivir la erosión de los Códigos (con el billete de vuelta de las recodificaciones), la influencia de Tratados internacionales, y en especial los de la Unión, con secuencias de Derecho derivado como el de las Directivas, la necesidad de interpretación *secundum Constitutionem*, la miríada de leyes extracodiciales, y el choque de trenes frente al legislador que puede suponer la doctrina de la *unmittelbare Drittwirkung*, abonan un presente dominado por un Derecho por principios, y ello inexorablemente conduce a una cada vez mayor judicialización de los Ordenamientos de *civil law*⁽²⁰⁾, encargados de convertir el principio en regla.

De todas formas, la existencia de principios y su traducción en reglas por los jueces han sido siempre una necesidad inmanente en todo sistema jurídico, y si aceptamos, como creo no puede ser de otra manera, que la heurística de los principios debe huir tanto del intento positivista de subordinarla al material positivo preexistente, como de ponerla en dependencia de cualquier pensamiento iusnaturalista axiomático, hay que partir de que para la conversión del principio en regla no podemos esperar ninguna buena orientación que no sea la observación del proceso real de la creación efectiva de Derecho⁽²¹⁾.

procedimientos, incluido una creación judicial de la solución, lo que no debe dejar de ponerse de relieve en estas reflexiones. Recuérdese lo dispuesto por el artículo 1.2. del Código civil suizo: «Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde» («En defecto de una disposición legal aplicable, el juez se pronunciará de acuerdo con el Derecho consuetudinario, y si también faltara este, de acuerdo con las reglas que el establecería si fuera legislador»). Traducción mía.

⁽²⁰⁾ Vid. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 147-210.

⁽²¹⁾ En este punto, sigue siendo esencial el análisis de J. ESSER, *Grundsatz und*

En efecto, un principio jurídico no es un precepto jurídico y, ni siquiera una norma en sentido técnico, en tanto no contenga algún tipo de instrucción vinculante para el legislador y para el juez, y ello solo tiene sentido si cristaliza en una forma de protección del derecho o interés, y que solamente lo es tal si a su vez cristaliza (valga la redundancia) en un remedio adecuado. Determinar los contornos de este remedio es función exclusiva del juez, como exacto cumplimiento del papel constitucional que le ha sido conferido.

13. La consecuencia de todo lo anterior es que la relación entre principio, norma y sentencia en *civil law*, no deja de ser una tormentosa relación en la que el privilegiado momento de la ley escrita, por amplios que sean sus mecanismos de interpretación, o precisamente por ello, va dejando paso a un cada vez mas intenso casuismo y en consecuencia a una cada vez mayor judicialización del ordenamiento. Esta cada vez mas profunda dominación del papel de los jueces sobre el panorama jurídico continental obedece a pulsiones muy profundas del sistema de fuentes (*id est*, con la frase de Cartwright, de la «determinación del Derecho aplicable»), aunque pulsiones no siempre fáciles de identificar, cuyas relaciones recíprocas de causa o efecto es complicado determinar.

14. A la luz de las consideraciones anteriores, cabe concluir que la cuestión de la determinación de la ley aplicable en el *civil law* está muy lejos, en el tiempo presente, del recurso a un conjunto sistemático de principios contenidos en normas legales escritas («un código»⁽²²⁾). Ni existe tal sistematicidad, ni las reglas escritas pueden entenderse las contenidas o referidas en un código, sino mas bien en un abigarrado ordenamiento jurídico, que plantea numerosos problemas de jerarquía normativa, de antinomias, de lagunas. Un ordenamiento jurídico que apela cada vez más a principios generales, operación que entraña una doble dificultad, la determinación de los principios y su necesaria traducción en reglas, y mas que en reglas generales y abstractas, en la regla aplicable para la tutela o interés en un caso concreto. Un ordenamiento jurídico en el que la primacía del legislador ordinario viene *de facto* cuestionada constantemente, lo que se plasma en el deterioro de la ideal figura del juez sometido a la ley. Un ordenamiento en el que declina continuamente la distinción entre juicio de hecho y juicio de derecho, y en consecuencia, da lugar aun

Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen, 1956. Obsérvese la lejanía de la fecha.

(22) Es la idea de Cartwright, *Introducción*, pp. 56-57.

continuo deterioro de la función nomofiláctica. Un ordenamiento que ya no puede confiar en los jueces como ejecutores de la ley a través de la concreción de sus mandatos a través del método tradicional de interpretación-aplicación, con la apertura a una jurisprudencia cada vez mas creativa; y puesto que las decisiones judiciales no pueden ser consideradas normas generales formalmente, se trascienden a sí mismas en premisas o puntos de partida del razonamiento jurídico, lo que las aproxima a la doctrina del preceden, en su forma «persuasiva».

Esta amplitud de la tarea interpretativa en sede judicial viene compensada, paradójicamente por la operación que hemos descrito anteriormente de una cierta preeminencia del canon literal en la interpretación de la ley, puesto que opera de necesario lecho de Procasto de los demás medios interpretativos.

Aceptado que el centro de gravedad del sistema inglés es razonar a partir de casos y no de leyes, los ordenamientos de *civil law*, en su discurrir práctico cotidiano, en las humildes operaciones intelectuales del jurista práctico, la principal tarea es la búsqueda de decisiones judiciales en casos análogo al que se trae entre manos, y eso significa razonar con una fuerte adherencia a los hechos. Descendiendo a ese mundo de decisiones judiciales y de primacía de los hechos no parece tan aguda la diferencia entre el modo de razonar en *civil law* y el modo de razonar en *common law*.

15. El mismo Cartwright desde un principio nos ha dicho que la contraposición que propone debe ir acompañado de ulteriores matizaciones y precisiones⁽²³⁾. Lo que sucede es que son estas las que al jurista del *civil law* le propician reflexiones, porque ve en ellas, aunque sea solo como líneas de tendencia, visiones especulares de sus propios problemas. Indiquemos algunas.

16. La primera de ellas es la justísima afirmación de Cartwright de que la jurisprudencia es siempre una autoridad a la hora de decidir un caso, en cualquier sistema jurídico, pero que lo que distingue al sistema inglés es el carácter vinculante de la jurisprudencia⁽²⁴⁾. Con respecto a este último, precisa con extraordinaria sobriedad y al mismo tiempo exactitud, que en muchas ocasiones el desarrollo del Derecho inglés a través de los casos se hace efectivo a través de decisio-

⁽²³⁾ *Ibid.*, p. 51.

⁽²⁴⁾ La rareza de la casación española es caso aparte, y desde hace tiempo ha sido visto así.: véase J.-B. HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Toulouse, 1942.

nes técnicamente no vinculantes, pero que los jueces respetan cuando indican una línea consolidada, con el fin de mantener la estabilidad del orden jurídico⁽²⁵⁾.

Subrayo con intensidad este punto, porque muchos *civilian lawyers* contemplan el mundo del *common law* como el reino de las decisiones vinculantes, dejando en la oscuridad este importantísimo papel de las decisiones no vinculantes. No convendría perder este punto de vista, habida cuenta de que incluso la doctrina del precedente tiene importantes limitaciones en el propio sistema inglés, sobre todo desde la perspectiva de la jerarquía de los órganos jurisdiccionales; y que en todo caso está ligada a la idea de estabilidad del orden jurídico, pero no puede ser motivo de rigidez del mismo, si bien se considera que, como regla general, y salvo casos muy extremos, la renovación o modificación de aquel es tarea principal del legislador⁽²⁶⁾. Creemos estar en condiciones de afirmar que este modo de ver la jurisprudencia no vinculante está también firmemente asentado en las jurisdicciones de *civil law*, tras la evolución de ellas que antes hemos señalado.

17. En otro orden de cosas, el referido a la interpretación de textos legislativos, es cierto que la *golden rule (literal rule)*, es el método dominante de la interpretación de aquellos, pero está subordinado a la inequívocidad de las palabras en su sentido o normal y objetivo⁽²⁷⁾. Es cierto que existen «reglas» y «presunciones generales» a la hora de interpretar los textos legislativos, incluso de origen legal (*Interpretation Act*, 1978), y en este concreto punto las similitudes con ordenamientos de *civil law* es evidente. En estos la existencia de normas interpretativas plantea problemas muy complejos⁽²⁸⁾, que finalmente se resuelven en escasos límites para el interprete⁽²⁹⁾; y no parece que en un sistema basado principalmente en el precedente como es el inglés, y donde la mayor y mas importante parte de las principios y presunciones en materia de interpretación de la ley son de origen jurisper-

(25) *Introducción*, pp. 63-64.

(26) *Ibid.*, pp. 64-67.

(27) *Ibid.*, pp. 71-72.

(28) Sobre ellos, TARELLO, *Interpretazione*, cit., pp. 241-312.

(29) Llegándose incluso a negar que sean propiamente mandatos vinculantes, es decir, propias y verdaderas normas jurídicas. Vid. F. DE CASTRO, *Naturaleza jurídica de las normas de de interpretación de la ley*, en «Anuario de Derecho Civil», 1977, pp. 809-858. Aunque no se comparta su tesis (la opinión contraria es muy mayoritaria), el agudo y erudito análisis del príncipe de los civilistas españoles pone de relieve la escasa operatividad de aquellas normas para limitar la tarea interpretativa, que finalmente queda al albur de las decisiones jurisprudenciales.

dencial, las cosas sean de otra forma. Al ver dichas reglas inglesas, de nuevo en algún aspecto el panorama se vuelve familiar al *civilian lawyer*: lectura de la norma en su conjunto, valor de los preámbulos, principio de irretroactividad; pero lo cierto es que la prohibición del argumento *a simile* (*expressio unius, exclusio alterius*)⁽³⁰⁾, sin duda alguna fundada en la interpretación literal de los *statutes* (a la que inmediatamente dedico un apunte aparte), es un claro dique a la creación judicial de Derecho a través de textos normativos, y ello es radicalmente congenial al Derecho inglés.

De todos modos, parece que existen, al menos como tendencia, algunos puntos de fuga en la interpretación de las leyes en Derecho inglés, que de nuevo provocan esa sensación de familiaridad al *civilian lawyer*. Me refiero a los indicados por Cartwright sobre la posible moderada utilización de los materiales parlamentarios⁽³¹⁾, para ver el contexto pertinente de la aplicación de la ley, llegando incluso a interpretaciones dinámicas de la misma para tener en cuenta los cambios relevantes en la materia de objeto de una ley desde su aprobación⁽³²⁾. Parece que el mundo de la interpretación de los *statutes* se mueve en dirección a una mayor amplitud de la tarea del intérprete, como el mismo Cartwright indica⁽³³⁾. Esto parece evidente en otras jurisdicciones de *common law*⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ *Introducción*, p. 73.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 75.

⁽³²⁾ *Ibid.*, p. 76.

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 77, con indicación específica de autoridad en nota 57.

⁽³⁴⁾ Vid. J. BURROWS, *The changing approach to the interpretation of statutes*, en «Victoria University of Wellington Law Review», 33 (2002), pp. 981-999, <https://ojs.victoria.ac.nz/vuwlr/article/view/5839/5169>; J. BARNES, *Contextualism: 'The modern approach to statutory interpretation'*, en «University of New South Wales Law Journal», 2018, pp. 1083-1113, <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2018/12/Barnes.pdf>, ambos artículos con muchas referencias a doctrina y decisiones judiciales inglesas. La tendencia es mucho más notoria, incluso hasta ser uno de los temas principales de discusión y estudio hoy, en USA. Ello ni debe extrañar, ni es nuevo, porque tiene raíces profundas y largo recorrido la deriva americana hacia un *common law* como depósito sapiencial que convive con la ley escrita, dado el diverso paradigma de relación entre *statute* y *rule* del Derecho norteamericano, en relación con el Derecho inglés. Sobre las nuevas orientaciones, no exentas de fuerte polémica, vid. William H. ESKRIDGE, *Dynamic statutory interpretation*, Cambridge, (Massachusetts), 1994; W. BAUDE, S. SACHS, *The law of interpretation*, en «Harvard Law Review», 2017, pp. 1187-1147; V. BRANNON, *Statutory Interpretation: Theories, Tools, and Trends*, Congressional Research Service, April 5, 2018, pp. 1-63. Antes, y sobre la cuestión y en especial sobre las posibilidades de los jueces ante el fenómeno de la ob-

18. Una última mención a una cuestión, de no poco calado, y que Cartwright nos pone de relieve como un factor que ha condicionado la tarea interpretativa de los tribunales ingleses, es la de de los casos en los el Reino Unido promulga una ley para dar efecto a la legislación del la UE o una obligación derivada de un tratado, y en especial al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En lo que respecta a la legislación de la UE, adoptada como Derecho británico, desconocemos su alcance cuantitativo y cualitativo tras la consumación del *Brexit*, aunque es de suponer que lo que reste tras el *Great Repeal* no dejará de notar en su interpretación la recabrada exclusividad de la jurisdicción, ya no sometida al TJUE. En qué dirección o en qué sentido son un porvenir lleno de incógnitas. Por cuanto hace al Convenio Europeo de Derechos Humanos, se debe recordar que una de las mayores reticencias del Reino Unido en el Tratado de Lisboa se refería a la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales en los Tratados de la Unión, y en cambio, promulgó en 1998 la *Human Rights Act*, con lo que venía a adoptar un grado de eficacia jurídica del Convenio bastante superior al de otros países⁽³⁵⁾. Cual sea el porvenir de la *Human Rights Act* tras el *Brexit* también es incierto, aunque lo mas probable es que no subsista⁽³⁶⁾, aunque su contenido o gran parte de él se transfiera a un instrumento «doméstico», *British Bill of Rights* o similar⁽³⁷⁾.

19. Es hora de sacar algunas conclusiones de estas reflexiones. Partiendo de la base de la diversidad histórica, cultural y epistemológica del *common law* y del *civil law*⁽³⁸⁾ no deja de observarse una

solescencia de los *statutes*, el libro de G. CALABRESI, *A common law for the age of statutes*, Cambridge (Mass), 1982, de título bien significativo.

⁽³⁵⁾ Interesantes reflexiones sobre la *Human Rights Act* y su avatar en Inglaterra en S. RODOTÀ, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, dentro del libro colectivo *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2000, pp. 554-556.

⁽³⁶⁾ «Human Rights Act 1998 is up to date with all changes known to be in force on or before 24 January 2020. There are changes that may be brought into force at a future date», informa el sitio web *legislation.gov.uk*.

⁽³⁷⁾ Útil como información del proceso de adopción de la *Human Rights Act*, y los problemas de su derogación, sin que personalmente comparta alguno de sus juicios de valor, B. TOMÁS MALLÉN, *El Brexit y su impacto en la Europa de los derechos: el desafío británico al Derecho Constitucional europeo*, en «UNED. Revista de Derecho Político», 2017, pp. 1169-1208.

⁽³⁸⁾ Remito a mis consideraciones (y bibliografía esencial allí) en *Sobre epistemología y tradiciones jurídicas*, en estos «Quaderni», 27 (1998), pp. 475-480.

suerte de aproximaciones dentro del marco de aquella diversidad. Las hemos apuntado aquí: la intensa facticidad del Derecho inglés a la hora de la formulación del precedente, no es algo ni desconocido ni ajeno para el *civil law*; facticidad incrementada para el Derecho inglés, al carecer de un propio control nomofiláctico, pero sin ignorar el deterioro de este en los ordenamientos del *civil law*; el papel de los precedentes no vinculantes no tiene un recorrido demasiado distinto en uno u otro; la erosión de un texto único «Código» donde indagar principios y su aplicación es más que evidente; en el *civil law* el texto de la ley escrita, ciertamente no tan determinante de la interpretación como en el Derecho inglés, funciona como presupuesto y límite de todos los medios de interpretación; y al tiempo se aprecia en el Derecho inglés una cierta fuga de interpretaciones literalistas y restrictivas de los *statutes*; el crecimiento del Derecho por principios en el *civil law*, y de diversa procedencia, sobre todo constitucional o internacional, y bastante menos codicial que otrora, aboca a un papel esencial de la jurisprudencia...todo dibuja un mosaico complejo de aproximaciones.

Aproximaciones, sí. Lo cierto es que tal vez no puede ser de otra manera, pertenecientes el *civil law* y el *common law* (y privilegiadamente dentro de este el Derecho inglés) a una única civilización jurídica occidental⁽³⁹⁾. Pero repetimos, dentro de una diversidad histórica, cultural y epistemológica irrenunciable para unos y para otros.

Esa diversidad esencial se manifiesta en el contenido de los respectivos depósitos sapienciales. Para los ordenamientos de *civil law* ellos se nutren prevalentemente de la existencia de un texto, dotado de alguna autoridad, aunque no necesariamente autoridad política. Por muy importante y decisiva la *interpretatio* (incluida la de los jueces), siempre se apoya, con mayor o menor fidelidad en un «pretexto». Ello siempre ha sido así, y los Códigos se insertan, pese a sus potentes innovaciones, como nutrientes de ese depósito, aunque bien pronto vinieron menoscabadas sus pretensiones de monopolio. En cambio, en el Derecho inglés el mecanismo de creación del precedente parte de la elaboración de un remedio adecuada a la solución de un caso impregnada de facticidad, y ese *ius novum* es siempre de creación judicial autónoma, aparte de visiones míticas y poéticas de un supuesto inmemorial *common law of Kingdom*.

Texto escrito y decisión judicial, pese a sus evidentes entrecruzamientos en uno u otro sistema, acaban siendo los rectores privilegiados del depósito sapiencial de cada uno, dando lugar a espacios, tal vez cada vez mayores, pero nunca esenciales, de aproximación en la

⁽³⁹⁾ *Ad rem*, P. STEIN, J., SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, traducción italiana de *Legal Values in Western Society*.

diversidad. Tal vez pueda ilustrarse el fenómeno complejo «diversidad-aproximación» recurriendo a un ejemplo extraído de un concepto geométrico, el de las líneas asíntotas. Como sabemos, son aquellas que convergen hasta el infinito sin llegar nunca a cruzarse. Quizás la convergencia entre el *common law* y el *civil law* esté destinada a ser siempre «convergencia asíntótica»; y ello resulta especialmente visible en la comparación del Derecho inglés con los Derechos europeos, codificados o no, de la tradición romano-canónica. Auguremos, en esta hora triste para muchos de nosotros en que el Reino Unido abandona la construcción política de Europa, que el futuro sea, al menos, consecuente con esa convergencia, y que tiene un origen, creo, secular. Y a este respecto ilustra decisivamente el libro de Cartwright.

STEFANO MALPASSI

NÉ «MEDIOEVO DELLA MODERNITÀ»,
NÉ «SPECCHIO DEL PRESENTE».
GLI ANNI TRENTA TRA CRISI
E TRASFORMAZIONI TRANSNAZIONALI

(A proposito di K.K. Patel, *Il New Deal. Una storia globale*,
Torino, 2018)

1. Gli anni Trenta del Novecento: «una storia globale»? — 2. La crisi rende i nazionalismi transnazionali? — 3. Una guerra tra due guerre: l'emergenza come vettore di riforma. — 4. Tra diritti ed economia: perché comparare (ancora) gli anni Trenta.

1. *Gli anni Trenta del Novecento: «una storia globale»?*

Negli ultimi anni la storiografia ha cominciato a fare un uso sempre più ricorrente dell'aggettivo «globale» con riferimento alle proprie ricerche, segnalando così un tentativo di rilettura e ridefinizione dei fenomeni storici in uno spazio 'nuovo'. Tale aggettivazione non vale soltanto a segnalare la scelta, del resto già da tempo intrapresa, di adottare un osservatorio che travalichi i tradizionali confini politici e culturali degli Stati-nazione, ma anche l'esigenza di ricollocare i fenomeni stessi in un territorio più ampio e dai confini incerti: un territorio definito, appunto, «globale».

Fa certamente parte dei lavori che riflettono questa vocazione il volume «Il New Deal. Una storia globale» di Kiran K. Patel, già pubblicato in inglese nel 2016⁽¹⁾ e di recente tradotto in italiano a cura dell'editore Einaudi, e che fin dal titolo ambisce a collocare in uno spazio transnazionale una vicenda come quella del New Deal, che pure da molti viene considerata tipica espressione dell'«eccezionalismo» americano. L'autore muove, invece, dall'idea che il contesto geografico-territoriale dei soli Stati Uniti «non [sia] sufficiente per

(1) Il riferimento è all'edizione originale *The New Deal: A Global History*, Princeton, Princeton University Press, 2016. Di seguito le citazioni seguite dall'indicazione di pagine non accompagnata da altri riferimenti si riferiscono invece alla traduzione italiana *Il New Deal. Una storia globale*, Torino, Einaudi, 2018.

metterne a fuoco la storia» (p. 4); del resto, il decennio lungo il quale si dipanò il «nuovo corso» rooseveltiano era stato caratterizzato da quella «grande depressione» che, rappresentando «uno dei momenti globali più infuocati della storia contemporanea», ebbe quale conseguenza l'emersione in maniera tendenzialmente equivalente in tutto il mondo occidentale del «nazionalismo economico, [del]la costruzione dello stato sociale e [del]l'emergere di nuove forme carismatiche di leadership nazionale» (p. 5).

Alla luce di tali assunti, questo libro tenta di perseguire un sentiero «globale» che appare di particolare interesse anche dalla prospettiva storico-giuridica; se, infatti, lo storico del diritto rischia «paradossalmente» di subire ancor più del giurista positivo — come notato da Sordi — il riferimento culturale «nazionale», faticando a «disfarsi degli abiti ottocenteschi, degli abiti savignyani» poiché meno avvezzo «all'ordine giuridico europeo ed alla trasversalità tipica degli ordinamenti multilivello»⁽²⁾, secondo taluni sono proprio «le prospettive storico-globali» che possono invece offrire un decisivo contributo — come affermato in più occasioni da Duve — «nel cambiare, espandere, o integrare il contenuto e le forme della storiografia giuridica che hanno avuto origine da tradizioni nazionali, continentali, o tramite altre tradizioni»⁽³⁾. Questo appare a maggior ragione vero in riferimento alla storia giuridica del Novecento, caratterizzata come mai prima dalla percezione della riduzione degli spazi e dei confini, sia geografici che temporali. Come ha notato in un recente contributo Pietro Costa, se nel corso del Novecento la storiografia e la geografia sembravano aver eletto e distinto i propri campi di ricerca in maniera definita, il tempo l'una e lo spazio, l'altra, il progressivo avvicinamento dei due termini ha comportato invero l'impossibilità di mantenere tale rigida demarcazione. È apparsa necessaria, quindi, e a maggior ragione proprio per lo studio del Novecento, una nuova «tematizzazione» — insiste ancora Costa — della «dimensione spaziale»

⁽²⁾ Lo storico — aggiunge Sordi — è talvolta «più nazionalista del giurista di diritto positivo». «Non si tratta solo di veteronazionalismo o di supponenza nei confronti della periferia della storia europea. La complessità del percorso storico delle istituzioni politiche europee è talmente pronunciata che lo storico sente il peso delle individualità irriproducibili e su queste, quindi, tende a concentrare il proprio raggio di indagine. In secondo luogo, fare Comparative legal history è tutt'altro che facile». Cfr. B. SORDI, *Comparative legal history: una combinazione fruttuosa?*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, M. Brutti, A. Somma (eds.), Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, p. 544.

⁽³⁾ T. DUVE, *Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale*, in *Diritto: storia e comparazione.*, cit., p. 152.

(così come di quella temporale) ⁽⁴⁾. Se è vero che tale sfida è stata già in parte raccolta ⁽⁵⁾, quello con cui la storiografia giuridica si è trovata a fare i conti è tuttavia un significativo ripensamento metodologico che non può, da un lato, limitarsi all'apposizione di un aggettivo («globale») ai propri strumentari tradizionali, e neppure portare, dall'altro, a un loro rifiuto assiomatico, poiché — come acutamente notato da Cappellini — nell'analisi del passato «non possiamo concederci il lusso di essere soltanto una comunità di contemporanei» ⁽⁶⁾.

La complessa operazione definitoria che ha coinvolto gli studiosi in riferimento alla c.d. *global legal history*, sebbene non abbia dato luogo a una visione univoca ⁽⁷⁾, ha messo però in luce la rilevanza e

⁽⁴⁾ P. COSTA, *A 'Spatial Turn' for Legal History? A Tentative Assessment*, in *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research, Experiences and Itineraries*, M. Meccarelli, M.J. Solla Sastre (eds.), Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, p. 28. Costa aggiunge anche un'osservazione che torneremo a sottolineare più volte nel corso della nostra ricostruzione, perché rappresenta (o dovrebbe rappresentare) un essenziale *memento* per lo storico del diritto: «Space and social processes are linked by a mutual implication». Ivi, p. 29. Per un'interessante riflessione intorno al tema della dimensione temporale si rinvia, invece, a M. MECCARELLI, *I tempi ascrittivi tra esperienza giuridica e ricerca storica*, in «Le Carte e la Storia», XXIV (dicembre 2018), 2, pp. 18-25.

⁽⁵⁾ Il riferimento è, per esempio, a due volumi collettanei (cfr. *Diritto: storia e comparazione.*, cit.; *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History*, cit.) di cui si è già citato qualche contributo, e che mirano entrambi a rappresentare l'avvio di un percorso di riflessione più esteso; ma si vogliono qui richiamare anche quei lavori monografici impegnati a offrire una ricostruzione metodologica (cfr. E. AUGUSTI, *Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione*, in «Forum Historiae Iuris», 2016, <http://www.forhistiur.de/2016-06-augusti>; T. DUVE, *European Legal History. Global Perspectives*, in «Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series», 2013, 6, pp. 1-24; ID., *Global Legal History. A Methodological Approach*, in «Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series», 2016, 4, pp. 1-22) o ad assumere appieno tale approccio nella propria indagine (cfr. J.L. HALPÉRIN, *Five Legal Revolutions Since the 17th Century. An Analysis of a Global Legal History*, Heidelberg, Springer, 2014).

⁽⁶⁾ P. CAPPELLINI, *La storia è solo una cicatrice? Schegge su storia del diritto e sfide dell'età della "mondializzazione"*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi, M. Brutti, Torino, Giappichelli, 2016, p. 291.

⁽⁷⁾ A Thomas Duve in particolare si deve un approfondito impegno ricostruttivo intorno alla nozione di *global legal history*. Per Duve essa può rappresentare, da un lato, una specifica area di ricerca storica, «votata, in particolare, ai fenomeni di riproduzione e traduzione di normatività su grandi distese spaziali. Essa indaga l'emersione e la qualità di spazi legali; si interroga sulla dialettica di universalità e particolarità, come anche sul contenuto e la relazione di culture e tradizioni giuridiche le una

L'opportunità di seguire quei sentieri di ricerca capaci di porre in dialogo tra loro esperienze anche apparentemente (e geograficamente) distanti: è il caso, per esempio, del New Deal e della stagione corporativa fascista, entrambe caratterizzate da una peculiarità di contesti politici e giuridici che possono invero essere ripensati se letti in «chiave globale». Se, infatti, in riferimento a queste due vicende non appare certo possibile parlare di una relazione a livello di modello-imitazione, per quanto riguarda la dimensione giuridica delle 'idee' e la loro capacità di incidenza nei processi di trasformazione giuridica del Novecento, portare avanti un loro confronto (o persino, appunto, un dialogo) appare invece possibile e stimolante. Rileggere il passato attraverso la comparazione, seguendo il sentiero tracciato dalla *comparative legal history* come una delle forme possibili di ricerca storico-giuridica «globale», può consentire allo storico del diritto di far proprio un approccio metodologico che, superato il tradizionale principio della «funzionalità», rifugge dalla ricerca di «soluzioni» e «modelli»⁽⁸⁾ in favore di un'indagine rivolta piuttosto ai «contesti» poi-

con le altre», e con essa, per esempio, si «può mostrare l'importanza storica del diritto come mezzo per modellare strutture e relazioni sociali». Da un altro versante, invece, la storia giuridica globale può essere inclusa all'interno degli studi giuridici e impegnarsi a «raccolgere gli interessi epistemici del dibattito delle scienze giuridiche. Come tale, essa ha la possibilità di incorporare la propria ricerca storica in un discorso sull'evoluzione del diritto». Per tale ragione «essa deve analizzare le storie giuridiche da una prospettiva globale, come pure esaminare la globalizzazione del diritto con uno specifico interesse a fornire una cornice concettuale, modelli teorici, e non ultimi strumenti di analisi per studiare l'evoluzione del diritto su una scala globale. Se ben svolto, questo può rivelarsi l'ambito di riflessione centrale sull'evoluzione del diritto sotto le influenze della globalizzazione, soprattutto, in stretta cooperazione con la teoria del diritto, la sociologia del diritto e altre scienze giuridiche fondamentali. Può aiutare a creare le precondizioni e posare le fondamenta per una dottrina giuridica transnazionale e, allo stesso tempo, adempiere ad una funzione critica all'interno del sistema giuridico». Cfr. DUVE, *Storia giuridica globale e storia giuridica comparata*, cit., pp. 150, 151, 159-160.

⁽⁸⁾ Come di recente ricordato in un prezioso tentativo di ricostruzione dei diversi approcci metodologici della scienza comparatistica, «il funzionalismo comincia a diffondersi alla fine del XIX secolo affermandosi come metodologia tradizionalmente dominante (mainstream) del diritto comparato moderno» (cfr. T. AMICO DI MEANE, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della "creatività". Verso un approccio flessibile*, in «Annuario di Diritto Comparato e di Studi legislativi», X (2019), p. 184). Se per lungo tempo, perciò, gran parte della dottrina ha potuto affermare che «il principio metodologico basilare di tutto il diritto comparato, dal quale derivano tutti gli altri principi metodologici [...] è quello della *funzionalità*» (cfr. K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Vol. I: *Principi fondamentali*, edizione italiana a cura

ché — come afferma Pierre Legrand — «law emerges only in and through place»⁽⁹⁾. È abbracciando tale prospettiva e facendo propria la consapevolezza della ‘limitatezza’ dell’osservatore, che lo storico può allora raccogliere alcuni interessanti stimoli come, per esempio, «l’opportunità di allargare il concetto di diritto e di considerare il dato giuridico alla luce del dato extra-giuridico»⁽¹⁰⁾.

di A. di Majo, A. Gambaro, Milano, Giuffrè, 1992, p. 37), tale convinzione non può non essere quanto meno in discussione oggi alla luce di altri e diversi — ma egualmente autorevoli — contributi. Tale approccio che delinea una «comparazione tra istituzioni ovvero norme funzionalmente equivalenti, concludendosi con la decretazione della norma ‘più efficiente’», infatti, «è stato ampiamente criticato, anzitutto perché sottenderebbe una semplificazione della stessa nozione di ‘problema’, associandola in modo quasi matematico ad una ‘soluzione’» (cfr. AMICO DI MEANE, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della “creatività”*, cit., pp. 184, 185). A muovere tale critica sono soprattutto i sostenitori di un contrapposto metodo che ricade sotto la definizione di «contestualismo» per i quali — ricorrendo alle parole di Legrand — «comparison is thus the site of a problem rather than a solution» (cfr. P. LEGRAND, *Econocentrism*, in «University of Toronto Law Journal», 59 (2009), p. 215). Entrambi gli approcci tuttavia non sembrano poter offrire una risposta conclusiva e concludente alla ricerca metodologica del comparatista e, in conclusione «lo stesso comparatista sembra dove accettare che non esista una metodologia definitiva, ma piuttosto una serie di opzioni che devono essere adattate sulla base del soggetto, dell’oggetto e della finalità delle singole ricerche» (cfr. AMICO DI MEANE, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della “creatività”*, cit., pp. 187 e 193).

⁽⁹⁾ LEGRAND, *Econocentrism*, cit., p. 215. Del resto, la scienza comparatistica ha posto da tempo l’attenzione sull’analisi del ‘particolare’, del contesto in cui il fenomeno giuridico viene alla luce: ad esempio, si può ricordare la teoria dei c.d. «formanti» di Sacco (cfr. sul punto R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET, 1992⁵, p. 47 e ss.), secondo la quale «la regola giuridica di un dato paese è il portato della stratificazione che in quel particolare momento si rinviene nel paese medesimo» (U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, Cedam, 1997, p. 120). Questo esempio mostra chiaramente come la comparazione e la sua metodologia si pongono (o ambiscono a porsi) in osservazione delle soluzioni (giuridiche) ben al di là del mero dato normativo, giurisprudenziale e persino fattuale, poiché esse sono prim’ancora il risultato di vicende culturali. Tuttavia, più di recente, è stato fatto notare come questa teoria poggi in realtà su di un assunto «strutturalista» che finisce per privare il diritto di una sua innegabile (e storicistica) componente politica rendendolo invece un concetto statico e (quasi): la teoria dei formanti, così, «finisce cioè per essere un veicolo di comparazione unificante». Cfr. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Bari, Laterza, 2014, in particolare le pp. 150-155.

⁽¹⁰⁾ SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 146. Sul punto cfr. anche quanto esposto da Husa: «Late modern comparative methodology should be able to

Estendere il campo d'indagine in tal senso, consentirebbe non solo di ripensare in maniera più articolata talune vicende storiche, ma anche di procedere ad una revisione degli stessi concetti e strumenti giuridici che vengono in rilievo in tali contesti troppo spesso limitati — per scelta dell'osservatore — al solo versante nazionale: «ciò che la storia comparata enfatizza in questa 'nuova' fase» — come ben sintetizzato da Lacchè — «è la necessità 'sistemica' di superare la concezione del diritto come fenomeno che i giuristi governano privilegiando i confini nazionali. Essa poggia su idee e proposte culturali che nel corso del Novecento hanno modificato la perdurante concezione ottocentesca del diritto»⁽¹¹⁾. È del resto proprio la presenza di elementi difficilmente spiegabili all'interno di un determinato contesto che rappresenta per lo storico il preminente interesse (se non persino la necessità) per un'osservazione più estesa che coinvolga quindi altre e diverse esperienze⁽¹²⁾.

2. *La crisi rende i nazionalismi transnazionali?*

Evidenziare gli aspetti globali (e giuridici) di due vicende dai tratti fortemente nazionali (e, come vedremo, nazionalistici) come New Deal e fascismo, non vuole essere un tentativo di avvicinare sul medesimo piano due esperienze invero distanti. Al contrario, seguendo la ricostruzione offerta da Thomas Duve sui diversi approcci possibili (e solo in parte distinti) allo studio storico-giuridico 'transnazionale', la *global legal history* può rappresentare un «tentativo di scrivere le storie giuridiche di un dato spazio o tempo in maniera diversa da come è stato fatto tradizionalmente», rifiutando (o meglio, estendendo) la «prospettiva nazionale» a favore di una diversa «prospettiva globale»⁽¹³⁾. Solo così è possibile allora rilevare come alcuni

offer multiple approaches for those non-comparatists who have heard the call of the Sirens, and we should not, instead, hinder their hearing-ability by 'one-method-one-vision' discourse silencing the pluralist charm of the original song. Indeed, why should comparatists themselves do their best in spreading general disappointment to comparative study of law?». J. HUSA, *Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility?*, in «Revue internationale de droit comparé», 58 (2006), 4, p. 1117.

⁽¹¹⁾ L. LACCHÈ, *Sulla Comparative legal history e dintorni*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., p. 250.

⁽¹²⁾ «Dunque sono necessarie due condizioni» — concludeva Bloch — «perché ci sia, storicamente parlando, comparazione: una certa somiglianza tra i fatti osservati — è ovvio — e una certa difformità tra gli ambienti in cui essi si sono prodotti». M. BLOCH, *Storici e storia*, Torino, Einaudi, 1997, p. 109.

⁽¹³⁾ DUVE, *Storia giuridica globale e storia giuridica comparata*, cit., p. 151. Questo permetterebbe, ad esempio, di andare oltre lo spazio nazionale, e di superare così

tratti delle esperienze e, più ancora, dei discorsi giuridici del periodo in esame, contengano *in nuce* i caratteri tipici di una stagione (quella della «grande depressione») che travalicano i confini nazionali, perché non è all'interno di essi che potevano e possono trovare una piena e compiuta espressione e comprensione. Occorre, perciò, percorrere questo crinale di ricerca in costante equilibrio tra l'indagine dei contesti particolari e nazionali in cui tali fenomeni videro la luce, e i risvolti transnazionali degli stessi, consapevoli delle difficoltà che risiedono in tale operazione e, per giunta, del fatto che essa potrà acquisire un qualche interesse soltanto ove si dimostri funzionale a percepire la complessità dei contesti indagati e non a semplificarne i contorni. Non appare proficuo, per esempio, evidenziare la transnazionalità del New Deal operando 'semplicemente' una ricognizione dei suoi interventi e dei suoi eventuali 'gemelli' altrove nel mondo, come talvolta Patel sembra limitarsi a fare nel suo lavoro⁽¹⁴⁾: tale operazione, pur potendo rappresentare un peculiare versante della *global legal history* quale volontà di ricostruire la storia della «globalizzazione del diritto» come processo — in parte realizzatosi nel corso del XX secolo — di identificazione di strumenti e istituti giuridici nei diversi Paesi del mondo per lo più occidentale, non può però ridursi al mere censimento di esperienze che, per varie ragioni, sembrano poter essere avvicinate senza tuttavia coglierne la peculiarità⁽¹⁵⁾. Al tempo stesso, è impossibile analizzando le esperienze degli anni Trenta del

uno dei 'limiti' endemici della storiografia giuridica spesso troppo influenzata dal modello dello Stato nazione che rappresentava l'unico contesto indagato perché quello in cui le accademie erano sorte e in cui gli accademici si erano formati. Ivi, p. 152.

(14) Come sottolineato da Katznelson nella sua recensione al volume, «He stops short, however, of developing this insight or offering a broader intellectual framework to explain it. His book compellingly describes policy adoption without dwelling sufficiently on the politics behind it, which leaves the narrative not only somewhat bloodless but also less fruitful than it could have been. Patel's language is often elusive. He talks of 'parallels', 'resemblances', and 'convergence'. Policies are 'connected', 'less unique than thought', 'anything but original'». Cfr. I. KATZNELSON, *The Borrowers. Putting the New Deal in a Global Context*, in «Foreign Affairs», 95 (November-December 2016), 6, p. 162.

(15) Secondo Duve l'indagine della globalizzazione del diritto «non costituisce una prospettiva, ma piuttosto un allargamento dell'ambito della ricerca storico-giuridica» che se, da un lato, sembra venire incontro a quell'esigenza particolarmente sentita per la storiografia del Novecento di tenere in dovuta considerazione il mutato rapporto delle distanze spazio-temporali, dall'altro e di contro, comporta un rischio di semplificazione o quanto meno di 'appiattimento' dei contesti specifici (culturali, sociali, e politici), «violando diverse comunità epistemiche o 'culture giuridiche'». Cfr. DUVE, *Storia giuridica globale e storia giuridica comparata*, cit., pp. 155-156.

secolo scorso (e, in particolare, quelle italiana e statunitense), non rilevare la centralità di un elemento politico e giuridico che, curiosamente, è sembrato più di altri capace di conquistare fama e circolazione transnazionale: il nazionalismo.

La crisi economica che affliggeva le economie occidentali aveva costretto quasi tutti i Paesi a ripensare le proprie politiche economiche e a spingere per la salvaguardia dei propri equilibri interni (sia economici che sociali) prim'ancora che di quelli internazionali, anche a costo di rinunciare ad alcuni capisaldi giuridici della modernità. E mentre con riferimento all'Italia, una politica di tal genere non appariva allontanarsi troppo da alcune delle premesse dell'esperienza fascista ben presenti già prima del crollo di Wall Street⁽¹⁶⁾, anche il New Deal contrariamente a quel che spesso (e in particolare nelle sue letture offerte 'dal di qua' dell'oceano) si è sostenuto, fece proprie molte delle tesi isolazioniste e nazionaliste che circolavano già da tempo all'interno del Paese. Come ben ricostruito da Patel, l'atteggiamento di chiusura verso l'esterno non rappresentò una costante durante tutta la vicenda dell'amministrazione Roosevelt, e neppure una particolare eccezione rispetto alle passate amministrazioni: «i new dealers», per esempio, «non erano certo responsabili delle leggi sull'immigrazione promulgate in epoca repubblicana, ma non fecero nulla per rivenderle» (p. 226) e così, durante i primi anni della presidenza Roosevelt anche «il confine meridionale degli Stati Uniti, tradizionalmente permeabile, si irrigidì» (p. 228), insistendo soprattutto retoricamente e culturalmente su quella «visione nativista predominante» (p. 230) già fortemente protagonista del discorso pubblico negli anni Venti e rivelando chiaramente «i confini razzisti del sogno americano» (p. 228)⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Si pensi all'importanza del nazionalismo nel pensiero e nelle esperienze di alcuni tra gli artefici del disegno giuridico fascista, e in particolare di Alfredo Rocco. Cfr. su tutti P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963, in particolare le pp. 13-22. Ma anche tra gli economisti a offrire un importante contributo alla nascente «economia corporativa» furono figure fortemente legate al nazionalismo come, per esempio, quella di Gino Arias. Cfr. O. OTTONELLI, *Gino Arias (1879-1940). Dalla storia delle istituzioni al corporativismo fascista*, Firenze, Firenze University Press, 2012.

⁽¹⁷⁾ La gestione delle politiche migratorie in questa fase di crisi economica costituisce anche un interessante gancio con l'oggi europeo: allora come ora, infatti, si insiste molto spesso a trattare il tema dell'immigrazione come una questione meramente interna, «influenzata dalle politiche elettorali e dalle dinamiche del protezionismo economico, ma anche dalla xenofobia e dal razzismo» (p. 230), e non piuttosto come una questione di rilievo sul piano internazionale, e pertanto da gestire secondo i

Se appare opportuno poi sottolineare come per il New Deal quella nazionalista e isolazionista fu per lo più una retorica e una cultura utilizzata in funzione legittimante delle proprie scelte interne piuttosto che una effettiva politica attuata nelle relazioni internazionali sia diplomatiche che economico-commerciali⁽¹⁸⁾, è però estremamente significativo il fatto che, proprio sul piano interno, «gli americani indicavano spesso il nazionalismo economico degli altri paesi per giustificare la loro scelta di isolarsi» (p. 68). Ecco che vediamo emergere una dimensione comune, «globale» e legittimante del nazionalismo e delle risposte astrattamente «autarchiche» alle crisi (al plurale) del Novecento, e in particolare a quella economica che più di tutte flagellava gli anni Trenta.

In questo contesto di depressione, «la maggior parte dei governi sconfessò l'armonica visione di un mondo integrato e florido, basata sul capitalismo e sulla cooperazione, per privilegiare gli interessi nazionali e il protezionismo economico: una filosofia in cui i conflitti costituivano la legge naturale delle interazioni» (p. 50). È da questo punto di vista che «il New Deal può essere visto come una specifica variante nazionale di un modello ben più ampio» (p. 11) ma, ci sembra, un modello soprattutto culturale e non tanto giuridico. Ciò non significa ovviamente che la diffusione del nazionalismo non abbia prodotto effetti sul diritto: al contrario, la diffusione di un modello, sia pure culturale, ha sempre delle ricadute sul piano delle elaborazioni istituzionali e sulle trasformazioni giuridiche ad esse connesse. Gli anni Trenta, d'altronde e come proveremo a segnalare, sembrano non far altro che confermare tale asserzione.

Negli Stati Uniti tra le conseguenze della crisi e della ricerca nel nazionalismo di una base di legittimazione del rinnovamento necessario, anche alcune 'certezze' tradizionali cominciarono a scricchiolare, e così, per esempio, «l'irrigidimento dei confini nazionali aumentò in maniera paradossale l'azione dello stato, contraddicendo il credo dello *small government*» (p. 29), e con esso gran parte dei principi rigidamente liberali che avevano governato la scienza giuridica fino ad al-

principi e gli accordi internazionali come era avvenuto in precedenza e in particolare durante le fasi di espansione economica.

⁽¹⁸⁾ Sul punto si invita alla lettura dell'interessante lavoro di C. STEFANACHI, *America invulnerabile e insicura. La politica estera degli Stati Uniti nella stagione dell'impegno globale: una lettura geopolitica*, Milano, Vita e Pensiero, 2017, e in particolare delle pp. 78-95. Anche Patel afferma che «nonostante l'intensità degli scambi transnazionali, Roosevelt e i new dealers erano interessati a mostrare che le loro azioni politiche [...] erano profondamente radicate nella tradizione del governo americano [...] l'eccezionalismo continuò a funzionare come una potente retorica politica» (p. 159).

lora. Come stava già avvenendo altrove, infatti, era impossibile continuare a mantenere inalterato quel principio del *laissez-faire* sia economico che costituzionale che aveva guidato la dottrina e la giurisprudenza americana per larga parte della sua storia. L'emergenza che si stava affrontando — si diceva — era poi una questione nazionale anche perché coinvolgeva la nazione intesa come comunità, e di conseguenza l'individualismo, e quell'«*unfair competition*» che costituiva una delle sue principali degenerazioni, erano considerati i principali nemici da combattere ed estirpare. Rimettere in piedi la Nazione significava, perciò, attribuire un ruolo nuovo anche allo Stato, dischiudendosi così il vero senso della retorica nazionalista sul piano interno: «l'isolamento attraverso il restrizionismo e l'intervento dello stato in casa propria si completavano a vicenda» (p. 229).

L'utilizzo di una tale retorica anti-individualistica nei discorsi giuridici intorno al New Deal, è elemento di particolare interesse poiché costituisce anche uno dei possibili varchi attraverso cui condurre una peculiare comparazione con l'esperienza fascista, e i discorsi portati avanti in quegli anni da molti tra i corporativisti italiani. Anche nella penisola, infatti, la critica del passato liberale e dei suoi assunti economici si basava sul rifiuto della sua natura «umanitaria, cosmopolita, internazionalistica»⁽¹⁹⁾, e si individuava invece nella dimensione nuova dell'economia corporativa lo strumento adatto ad affermare quella «potenza nazionale» che costituiva il «fine ultimo dell'azione economica»⁽²⁰⁾. Assai rilevante sul tema è l'opinione di Alfredo Rocco che si spingeva fino ad affermare come «il benessere dei singoli, il tornaconto individuale è preso in considerazione, ma solo in funzione della potenza nazionale», e un tale rifiuto e superamento dell'individualismo conduceva pertanto a ritenere «la libertà economica [...] una funzione, non individuale, ma sociale, cioè nazionale»⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ A. ROCCO, *Dall'economia liberale e socialista all'economia fascista della Carta del Lavoro*, in «Politica sociale», VIII-IX (1930), p. 353.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 362.

⁽²¹⁾ Ivi, pp. 362, 363. Sul punto si esprime pressoché identicamente anche Gino Arias: «Il tornaconto pubblico, non già quello privato, deve essere l'arbitro dell'iniziativa economica e della gestione dell'impresa, anche quando, come di regola, essa rimane privata, perché la produzione è una funzione di interesse nazionale e l'imprenditore è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. È questo imperativo etico-politico, con le sue sanzioni giuridiche, che costituisce una potente reazione all'istinto antisociale e sia pure 'naturale' dell'individuo». Cfr. G. ARIAS, *L'economia nazionale corporativa. Commento alla Carta del Lavoro*, Roma, Libreria del Littorio, 1929, pp. 27 e 28.

La vicinanza che in questi discorsi si può cogliere tra due esperienze a noi apparentemente così distanti come il fascismo e il New Deal non stupiva, tuttavia, più di tanto gli osservatori coevi che, come sottolineato in un volumetto di qualche anno fa dal titolo accattivante (e in parte fuorviante) di Schivelbusch⁽²²⁾, non tardarono « a notare elementi di convergenza tra il New Deal, il fascismo e il nazionalsocialismo », tutti egualmente impegnati a concepire un complesso giuridico « post-liberale ». Allo stesso modo se ne sottolineava anche una certa qual convergenza politica, poiché « Hitler, Mussolini e Roosevelt erano ritenuti esempi di una leadership a base plebiscitaria: autocrati saliti al potere con mezzi sì differenti, ma sempre assolutamente leciti »⁽²³⁾. Talvolta tali convergenze venivano accentuate dagli stessi osservatori americani in senso politicamente de-legittimante⁽²⁴⁾, ma pur essendo vero, come molti studi hanno riportato e come ricorda ancora una volta Patel, che « certi new dealers manifestavano un interesse imbarazzante nei confronti del fascismo » (p. 91), tale interesse non stette quasi mai a significare — e soprattutto da parte proprio dei « new dealers »⁽²⁵⁾ — una decisa predilezione per l'affermazione di un regime autoritario negli Stati Uniti: ancora una volta, infatti, affermare questo significherebbe non tenere in giusta considerazione il

(22) Il riferimento è al testo W. SCHIVELBUSCH, *3 New Deal. Parallelismi tra gli Stati Uniti di Roosevelt, l'Italia di Mussolini e la Germania di Hitler (1933-1939)*, Milano, Tropea, 2008.

(23) Ivi, p. 20. Anche Schivelbusch d'altronde mette in guardia dalle semplificazioni che potrebbero discendere da un accostamento *tout court* di queste tre esperienze, tenendo a sottolineare come « individuare aspetti comuni non significa affermare l'identità. Come sosteneva Garraty, una comparazione non è un'equazione ». Ivi, p. 22.

(24) Talvolta, invece e soprattutto nel nostro Paese, si utilizzava tale argomento quale conferma del successo della « rivoluzione fascista » nel mondo. Cfr. M. SEDDA, *Il New Deal nella pubblicistica politica italiana dal 1933 al 1938*, in « Il Politico », 64 (aprile-giugno 1999), 2, pp. 241-275.

(25) Discorso diverso si può fare per quei movimenti dichiaratamente e politicamente ispirati al fascismo che emersero negli Stati Uniti nel periodo tra le due guerre mondiali come il KKK, lo *American Realists*, le *Blackburn Greyshirts*, le *Silver Shirts*, etc. anche se tali gruppi non ebbero mai successo e diffusione come invece accadde in Europa, contrario alcuni recenti studi hanno mostrato un certo legame tra questi movimenti e le grandi concentrazioni economiche così anche un curioso ruolo di tenuta dello stesso *New Deal*. Sul punto in particolare si invita alla lettura di I. KATZNELSON, *Fear Itself. The New Deal and the Origins of Our Time*, New York, Liveright Publishing Corporation, 2013. Per una ricostruzione della diffusione di questi gruppi di ispirazione fascista e più in generale del fascismo nella società americana si rinvia a J.P. DIGGINS, *L'America, Mussolini e il fascismo*, Bari, Laterza, 1972.

contesto culturale e politico ove gli stessi *policy-makers* del New Deal si erano formati⁽²⁶⁾, e attribuire invece a un modello astratto (seppur di evidente successo e diffusione negli anni Trenta) come quello delle dittature autoritarie, una valenza non tanto transnazionale quanto (e a-criticamente) universale.

Una rilettura del periodo da un osservatorio globale ci permette, invece, di individuare il nazionalismo come uno dei nessi transnazionali per eccellenza negli anni della crisi, capace di trovare la propria diversa dimensione (di fine o mezzo) a seconda del contesto in cui si calava. Le diversità, del resto, non erano ignorate dai protagonisti degli anni Trenta, ma al contrario costituivano spesso la legittimazione delle scelte e trasformazioni in atto, fossero esse diverse o simili al ‘modello’ di volta in volta richiamato. Molte delle soluzioni poste in campo sul piano interno, infatti, furono controverse e dibattute non tanto per la diretta e immediata ricaduta che esse avevano rispetto alla tradizione e al contesto sociale del proprio Paese, quanto piuttosto per i potenziali sviluppi ulteriori che avrebbero potuto ricevere e che si ricavano proprio dall’osservazione delle esperienze estere. Così, per esempio, un’iniziativa volta all’inclusione ed educazione sociale apparentemente estranea alla cultura americana come quella dei *Civilian Conservation Corps* (CCC), ricevette invece negli Stati Uniti una grande approvazione popolare e nessuna resistenza parlamentare. Agli occhi degli americani, ciò che strideva di questa vicenda non era tanto la natura di un intervento ‘educativo’ dello Stato di misura epocale e sconvolgente rispetto alla tradizione statunitense, perché infatti, come sottolinea Patel, «in generale, agli americani non piaceva questo genere di interventismo, ma per il CCC fecero un’eccezione» (p. 114); al contrario, l’unico timore che sembrava pervaderli riguardava l’evoluzione percorsa da una simile iniziativa in un contesto radicalmente distante, ‘continentale’, e cioè in quella Germania weimariana che era ben presto proseguita (e ripensata) poi in quella nazional-socialista. D’altronde era sufficiente la dimensione nazionale (e nazionalista) delle rispettive esperienze a mettere a tacere tali ‘timori’ di identità?

A ben vedere, si assiste così a un vero e proprio paradosso degli anni Trenta, ove a godere di fama e circolazione transnazionale e a

⁽²⁶⁾ La differenza di contesti è da tener presente anche nell’analisi delle fonti del periodo. Non deve sfuggire, ad esempio, il fatto che «il richiamo al fascismo probabilmente, era il riflesso di una tendenza americana a percepire qualsiasi limite alla libertà economica come limite alla libertà in generale. [...] Ad ogni modo è sorprendente come gli analisti del tempo giudicassero almeno in linea generale, quasi fascista ogni forma di intervento statale all’interno del sistema capitalista». SCHIVELBUSCH, 3 *New Deal*, cit., p. 38.

prestarsi quindi a un'eventuale interpretazione in senso «globale» erano soprattutto le teorie e i discorsi che si fondavano proprio sul rifiuto di un simile approccio. Ciò poteva avvenire poiché, nonostante la diversità di contesti giuridici e culturali, si riusciva però a percepire (consapevolmente o meno) una dimensione ultra-statale degli effetti prodotti dalle singole politiche nazionali portate avanti nei diversi Paesi interessati dalla depressione. «Paradossalmente — dice Patel — il trasferimento di conoscenze e le connessioni internazionali servivano soprattutto a trovare una migliore soluzione nazionale alla doppia crisi della democrazia e del capitalismo» (p. 151). Forse in maniera non troppo paradossale — aggiungiamo noi — se si considera la dimensione globale della democrazia e del capitalismo allora (e ancora) in perenne in crisi.

3. *Una guerra tra due guerre: l'emergenza come vettore di riforma.*

Ancor più che l'affermazione di teorie e di regimi politici e istituzionali a segnare una stagione di trasformazioni di dimensione «globale» su entrambe le sponde dell'Oceano fu piuttosto una «comune eccezione»: l'emergenza.

Durante gli anni della depressione quella della «guerra all'emergenza» («a war against the emergency», per usare le parole dello stesso presidente Roosevelt) diventò una retorica comune e talvolta persino il fondamento giuridico-formale sul quale poggiare gli interventi di riforma auspicati⁽²⁷⁾. Questo sentimento di urgenza era d'altronde diffuso e condiviso anche tra i giuristi americani non direttamente impegnati a legittimare le politiche dell'amministrazione Roosevelt, e le parole del giudice costituzionale Louis Brandeis scritte nel 1931 — e perciò prima dell'avvento del New Deal — sono in tal senso emblematiche: «the people of the United States are now confronted with an emergency more serious than war»⁽²⁸⁾.

La passata esperienza del primo conflitto mondiale aveva inoltre rappresentato per un'intera generazione un momento di formazione personale e di comprensione della realtà unico, oltre ad aver lasciato in eredità la consapevolezza per la scienza giuridica che con esso era mutata per sempre la dimensione dell'intervento dello Stato in quel terreno privatistico fin qui inviolabile⁽²⁹⁾. Se pertanto era stata la crisi

(27) F.D. ROOSEVELT, *Inaugural Address* (March 4, 1933), online by G. Peters, J.T. Woolley, *The American Presidency Project*, <https://www.presidency.ucsb.edu/node/208712>.

(28) Si tratta di un 'monito' presente nella *dissenting opinion* formulata sul caso *New State Ice Company v. Liebmann*, 285 U.S., 306-311 (1931).

(29) In Italia gli esempi più noti sono rappresentati dalle opere di F. FERRARA,

economica ad aver stimolato negli Stati Uniti, ma anche altrove, un ripensamento dell'ordine accompagnato dal rifiuto del *laissez-faire* e dell'individualismo, e se il nazionalismo aveva rappresentato di fatto lo strumento retorico perfetto per legittimare e sostenere un progetto di riforma (quando non persino di rivoluzione) di un sistema in crisi, trovando terreno fertile in quel diffuso desiderio dei cittadini di recuperare o incrementare la propria sicurezza (in senso lato), ecco che lo strumento che apparve il più adatto a compiere tali premesse fu inevitabilmente, anche in America, quello dell'intervento pubblico. Così come avvenuto pochi anni prima in occasione del primo conflitto mondiale, infatti, «l'intervento interno e l'isolamento furono i metodi proposti per garantire la tanto sospirata sicurezza da ogni tipo di minaccia», un intervento, però, realizzato ora in forme inedite rispetto al passato, e perciò «proprio gli Stati Uniti, la società capitalista per antonomasia, si spinsero molto più in là degli altri a porre un freno all'iniziativa individuale e al 'vangelo dell'abbondanza'» (p. 87). Occorre chiarire però che, sebbene significativo ed esteso, l'intervento pubblico assunse qui delle forme che non finirono mai per avere dei contorni tali da realizzare quelle dimensioni di nazionalizzazione o statalizzazione altrove raggiunte, ma rappresentò comunque un importante cambio di tendenza nella storia giuridica americana⁽³⁰⁾. Per tale ragione si può ragionevolmente concordare con la conclusione di Patel, per il quale non ci sono dubbi che in quegli anni sotto la spinta delle politiche del New Deal, «il capitalismo non fu né rovesciato né imbrigliato, ma fu comunque riformato» (p. 73).

L'approccio teorico a sostegno di tale proposito riformatorio era diverso a seconda delle voci di volta in volta chiamate a mettere in pratica il «nuovo corso» americano, e tra i membri del *brain-trust*, gli 'ideologici' dell'amministrazione Roosevelt, erano molte le teorie che circolavano. Figure diverse tra loro per convinzioni e formazione

Influenza della guerra nei rapporti civili (1915), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, e F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1960. Negli Stati Uniti, invece, fu soprattutto l'esperienza del War Industries Board (WIB) a rappresentare il principale terreno di indagine e confronto per la successiva generazione di *policy makers*, la cui esperienza era stata riportata dal suo stesso direttore nel testo B.M. BARUCH, *American Industry in the War. A Report of the War Industries Board (March 1921)*, New York, Prentice-Hall, 1941.

⁽³⁰⁾ Non mancò in America in ogni caso una fascinazione nei confronti del modello sovietico, e persino una collaborazione commerciale e diplomatica anche se «la luna di miele sovietico-americana non durò a lungo» (p. 187). Per altri esempi della costante presenza dell'alternativa sovietica nel dibattito pubblico americano si rimanda ulteriormente alle pp. 46-54 e 183-192.

personale furono coinvolte nell'elaborazione della frenetica legislazione degli «hundred days»⁽³¹⁾. Questa molteplicità ideologica si tradusse nei fatti in quello che alcuni hanno avuto a definire un vero e proprio «chaos of experimentation»⁽³²⁾, espressione che però ben restituisce non solo la natura composita e talvolta disorganizzata dell'edificio giuridico e amministrativo messo in piedi da Roosevelt, bensì anche il senso di urgenza che spinse proprio i *new-dealers* ad agire: era infatti l'emergenza a legittimare, da un lato, il ricorso a forme di potere e intervento inediti e, dall'altro, la trasformazione dei modelli giuridici di riferimento alla ricerca di strumenti nuovi e adatti alla complessità (e all'emergenza, appunto) contemporanea. L'esperimento di una *National Recovery Administration* (NRA), prima, e il successo della *Securities and Exchange Commission* (SEC), poi, si inseriscono perfettamente in questo solco ideale, portando avanti progetti diversi di stabilizzazione del mercato e di governo della produzione⁽³³⁾.

Quale che fosse il fondamento teorico scelto o il modello selezionato, lo strumento concreto con cui si intendeva arginare l'emergenza era comunque e su tutti quello dell'intervento regolativo dello Stato, un intervento portato avanti attraverso una «retorica bellicosa» e una costante «analogia con la guerra» (p. 154), che metteva in gioco i sentimenti nazionali sopra gli stessi principi di diritto. Non deve perciò stupire se da più parti veniva sottolineato come, per esempio, la nascita di una nuova amministrazione deputata al controllo del commercio e della produzione industriale, quella NRA appena citata, aveva comportato «una notevolissima effusione, come in tempo di

(31) Si pensi ad esempio a Raymond Moley, Rexford Tugwell, o Adolf Berle, che furono tutti protagonisti del *brain trust*, spesso lontani dal mondo politico e piuttosto figure 'tecniche' o accademiche aventi ognuno percorsi di formazioni e posizioni talvolta anche molto distanti tra loro. Cfr. J. ASLOP, R. KINTNER, *Men Around the President*, New York, Doubleday, Doran & Company, 1939, e P.H. IRONS, *The New Deal Lawyers*, Princeton, Princeton University Press, 1982.

(32) Questa sagace definizione è ripresa da Richard Hofstadter, come riportata nel testo di A. BRINKLEY, *The End of Reform. New Deal Liberalism in Recession and War*, New York, Alfred A. Knopf, 1995, p. 5.

(33) Tra i testi dedicati a queste due vicende dalla storiografia, non molti si concentrano sugli effetti dirompenti che essi ebbero sulla cultura giuridica americana. Ci pare opportuno menzionare qui alcuni tra i più rilevanti: D.R. BRAND, *Corporatism and the Rule of Law: a Study of the National Recovery Administration*, Ithaca, Cornell University Press, 1988; P. NICHOLAS JR., *The Agency That Kept Going: The Late New Deal SEC and Shareholder Democracy*, in «The Journal of Policy History», 16 (2004), 3, pp. 212-238; R.E. SCHILLER, *The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law*, in «Michigan Law Review», 106 (December 2007), 3, pp. 399-442.

guerra, di valori spirituali che non può essere negata», tanto da riconoscere che «ogni persona connessa con la National Recovery Administration si rende conto che sta combattendo per il futuro dell'America»⁽³⁴⁾.

Il ricorso a queste spinte nazionalistiche e protezionistiche il più delle volte, come già ricordato, di natura più 'interna' che realmente di chiusura ai rapporti e agli scambi internazionali, ci mostra non soltanto come il New Deal si inserisse perfettamente in un più ampio fenomeno globale di legittimazione delle proprie politiche, ma anche e soprattutto come essa rappresentasse una comune aspirazione di pacificazione del sociale senza la quale appariva impossibile dar luogo alle trasformazioni auspiccate; è così che nel discorso pubblico degli anni Trenta, tanto in America quanto nell'Europa continentale, cominciarono a saldarsi tra loro due termini che sembrano attraversare tutta la storia giuridica del Novecento: «emergenza» e «riforma».

Se soprattutto nel contesto sociale primo-novecentesco le riforme trovarono facilità di realizzazione soltanto in contesti di emergenza, ove alcuni interessi potevano essere accantonati in favore di altri, è possibile da ciò ricavare una 'regola generale' della modernità giuridica per cui i momenti di transizione e trasformazione sono realizzabili in ragione di quelle compressioni del pluralismo possibili (o meglio, concesse) solo nell'«emergenza»⁽³⁵⁾?

⁽³⁴⁾ A.H. ONTHANK, *Come si fanno i codici* (1934), in *Economia e istituzioni del New Deal. Radiografia di un'esperienza nelle riflessioni dei suoi protagonisti*, a cura di A. Duso, Bari, De Donato, 1980, p. 53. Come abbiamo già sottolineato, la retorica del primato nazionale giocò un ruolo determinante nell'affermazione del New Deal che alimentava il proprio consenso per mezzo di una forte propaganda incentrata sull'unità nazionale ove non mancarono campagne mediatiche che esaltavano la necessità di porre il bene della nazione sopra i singoli interessi individuali: su tutte quella della c.d. *blue eagle* che 'responsabilizzava' i consumatori nel preferire quei produttori e commercianti che avevano sottoscritto un *code of fair competition* come previsto dal *National Industrial Recovery Act*. Per una 'autobiografia' della campagna della *blue eagle*, cfr. H.S. JOHNSON, *The Blue Eagle, from Egg to Earth*, Garden City, NY, Doubleday, Doran & Co., 1935.

⁽³⁵⁾ Ciò potrebbe per esempio aprire anche a un ripensamento del ruolo svolto dalle teorie corporative e neo-corporative negli anni Trenta e, più in generale, nelle diverse stagioni di «crisi» del Novecento. Da un tale osservatorio, infatti, sembra apparire una dimensione del corporativismo quale modello teorico particolarmente adatto a gestire le trasformazioni giuridiche e talvolta istituzionali necessarie, poiché offrirebbe il modo per non eliminare del tutto il pluralismo degli interessi durante le «crisi» offrendo piuttosto gli strumenti per realizzare una sua compressione e riconduzione a unità, attraverso l'«istituzionalizzazione» dei diversi interessi socio-economici in conflitto.

Sicuramente molte delle riforme realizzate nel contesto emergenziale di risposta alla «grande depressione» si dimostrarono efficaci non soltanto a rispondere alle necessità contingenti del decennio, ma in molti casi anche ben oltre la chiusura di tale stagione: l'esempio italiano è, da tale punto di vista, quello probabilmente più emblematico⁽³⁶⁾. E neppure la preparazione e il successivo scoppio della Seconda guerra mondiale misero in crisi tale approccio: così com'era nato sull'onda delle esperienze di guerra e dopo essersi 'civilizzato' per combattere il nemico interno della crisi economica, l'intervento pubblico si accompagnò bene presto e nuovamente alla riconversione bellica, dimostrandosi lo strumento perfetto per condurre il capitalismo occidentale fuori dalla crisi che lo vessava da oltre un decennio. E così anche negli Stati Uniti mentre «la preparazione della guerra e la guerra stessa», da un lato, «misero alla prova l'approccio isolazionista del New Deal», dall'altro, «contribuirono anche a dare continuità a tante delle grandi strutture federali istituite» (pp. 6-7).

Nonostante la guerra (anzi, le guerre), il successo non soltanto 'mediatico' della pianificazione negli anni della «grande depressione» segnò perciò un punto di svolta delle politiche economiche e delle politiche del diritto in tutto il Novecento; curiosamente ciò avvenne proprio in ragione del fatto che da quel momento in poi essa «non fu più solo una modalità di governo circoscritta ai periodi di guerra» (p. 121).

4. *Tra diritti ed economia: perché comparare (ancora) gli anni Trenta.*

Le esperienze pianificatorie degli anni Trenta ci offrono inoltre e ancora una volta la dimensione e la rilevanza della circolazione di teorie ed esperienze a livello transnazionale: la 'dimensione geografica' della crisi aveva fatto sì che non sembrasse così inopportuno 'guardare in casa d'altri' — e persino laddove vi erano un regime politico e una cultura giuridica apparentemente distanti come quella italiana — per osservare quali soluzioni si erano ivi immaginate. Il regime fascista su tutti, ebbe grande successo nel propagandare la propria salute al di fuori dei confini nazionali, e nel diffondere il «mito» della «terza via» corporativa⁽³⁷⁾. Da un punto di vista teorico, quella del-

⁽³⁶⁾ Il «capitalismo-regolato» realizzato durante gli anni Trenta in Italia, infatti, vide la sopravvivenza anche nella successiva stagione repubblicana attraverso il mantenimento delle sue principali intelaiature istituzionali e amministrative. La legge bancaria così come l'Istituto Mobiliare Italiano e l'Istituto per la Ricostruzione Industriale, mantennero il proprio posto nell'ordinamento politico e giuridico italiano fino agli anni Novanta del secolo scorso.

l'esperimento nostrano rappresentò, infatti, una delle narrazioni più circolanti nel mondo; anche e soprattutto negli ambienti vicini al presidente Roosevelt, come notato dallo stesso Patel, «il corporativismo italiano era attraente perché lasciava intatta la proprietà privata e altri principi fondamentali del capitalismo offrendo nello stesso tempo un'alternativa al *laissez-faire*» (p. 92). Agli occhi dei giuristi americani, pertanto, l'attrattiva di tale 'modello' consisteva nell'essere (o meglio, nel trasmettere una possibile immagine di sé come) una sorta di 'rivoluzione mite', che si sarebbe potuta ben conciliare con la necessità del «nuovo corso» rooseveltiano. Tra le iniziative messe in moto in risposta alla depressione, in particolare la NRA sembrava seguire molti dei principi propagandati dal fascismo: *in primis*, la collaborazione dei produttori che gli americani ben presto declinarono nel c.d. «*industrial self-government*»; ma anche e nondimeno, il riconoscimento al governo di quel potere 'nuovo' di indirizzo e controllo sull'economia che veniva qui svolto dai «boards», ispirati proprio alle corporazioni e al loro «Consiglio nazionale» convinti che esse potessero rappresentare («as Mussolini suggested») «the 'general staff' of Italian economy», anche di qua dell'Oceano⁽³⁸⁾.

Nel suo lavoro Patel appare, per la verità, molto sbrigativamente liquidare ogni assimilazione o raffronto tra la vicenda della NRA e il fascismo:

il New Deal restò distante dal fascismo e ancor più dal comunismo; esso fu piuttosto una variante — fra le tante possibili — di un modello di governo che metteva l'accento sull'intervento selettivo dello stato, su una cartellizzazione favorevole alle imprese e sul nuovo ruolo del lavoro e del consumo nelle relazioni industriali (p. 104).

(37) Cfr. M. PASETTI, *L'Europa Corporativa. Una storia transnazionale tra le due guerre mondiali*, Bologna, Bononia University Press, 2016, e J.Q. WHITMAN, *Of Corporatism, Fascism and the First New Deal*, in «American Journal of Comparative Law», 39 (Fall 1991), 4, pp. 747-778.

(38) W.G. WELK, *Fascist Economic Policy and the NRA*, in «Foreign Affairs», 12 (October 1933), 1, p. 107. L'influenza della riflessione corporativa è stata riscontrata soprattutto in riferimento alla NRA che, infatti, attraverso una deciso favore per quello che veniva definito «*industrial self-government*», provò a realizzare sotto l'egida del governo un sistema di accordi tra produttori per favorire l'occupazione e impedire la «unfair competition» utilizzando spesso riferimenti alle teorie corporative in auge in Italia. Anche nel nostro Paese, del resto, non troppo dissimile appariva la produzione legislativa chiamata a regolare la produzione attraverso la previsione di «sindacati industriali» obbligatori e volontari e affidando al governo il potere di autorizzare la realizzazione di nuove strutture produttive.

Ma in queste parole sembra racchiudersi, invece, proprio il senso più profondo di una loro vicinanza e di una persino molto simile natura di fondo: se infatti al fascismo non si riconoscesse una dimensione conservativa e, al contempo, riformatrice del capitalismo attraverso l'intervento pubblico, si correrebbe invero il rischio di ritornare a considerare le esperienze autoritarie del periodo come progetti non compiutamente novecenteschi di imposizione dell'ordine per offrirne, invece, una lettura 'riduttiva', sia che esse siano considerate come 'parentesi', veri e propri 'incidenti di percorso' rispetto al progresso già raggiunto dalla società liberale e rispetto al quale non si sarebbe potuti muovere oltre, sia che esse vengano, invece, ricondotte a una semplice 'fase' di una progressiva e ininterrotta storia del dominio del capitale, con l'inevitabile conseguenza in entrambi i casi di 'depotenziare', così, anche le successive esperienze costituzionali del secondo dopoguerra.

Già le dittature, invece, così come i regimi liberali e forse persino più efficacemente di molti di essi, cercarono negli anni Trenta di adattarsi alla mutata realtà contemporanea per trasformare prima di tutto il capitalismo e renderlo compatibile con una società plurale e necessariamente in fermento⁽³⁹⁾. Osservare (e comparare) le storie di due realtà lontane — Italia e Stati Uniti — ci permette di portare in rilievo questa comune ricerca di soluzioni alle crisi moderne, a prescindere dai contesti politico-costituzionali e persino culturali fino quasi a farli apparire apparentemente 'irrilevanti': è possibile notare, per esempio, come «in entrambi i paesi si moltiplicarono gli enti pubblici governativi» all'interno dei quali egualmente si insistette sul ricorso a «personale tecnico, che oscillava tra impieghi pubblici e privati senza considerarli fondamentalmente diversi» determinando di fatto una trasformazione più o meno marcata dei precedenti sistemi rappresentativi poiché «il potere si concentrò nell'esecutivo e le decisioni vennero prese in misura maggiore da enti amministrativi che dalle assemblee legislative»⁽⁴⁰⁾.

Comune era pertanto l'obbiettivo di ri-costruire un ordine giuridico intorno al capitalismo, a prescindere dalla struttura democratica o autoritaria del regime che si assumeva tale compito⁽⁴¹⁾. Lo stesso

⁽³⁹⁾ Patel stesso conclude che il New Deal americano «non fu particolarmente interventista né particolarmente liberale. Esso fu più semplicemente una delle tante varianti possibili dello stato alla metà del XX secolo, una variante che dimostrava che persino la democrazia liberale poteva incorporare una politica sociale sviluppando un approccio a economia mista che sarebbe diventato dominante a Occidente nella seconda metà del XX secolo» (p. 156).

⁽⁴⁰⁾ M. VAUDAGANA, *Corporativismo e New Deal. Integrazione e conflitto sociale negli Stati Uniti (1933-1941)*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1981, p. 208.

Patel, del resto, non nega l'insussistenza di un approccio 'eccezionalista' alla storia americana del periodo fondata sulla sopravvivenza della democrazia: in America si scelse di «optare per una pianificazione parziale» cosa che puntualmente avvenne «[nel]la maggior parte degli altri paesi capitalisti» ove egualmente si intendeva «salvare e riformare il capitalismo, indipendentemente dalle sue fonti ideologiche, dai programmi concreti e dal grado di coesione. [...] In questo senso il capitalismo dimostrò di essere molto più forte della democrazia» (p. 127) ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ «Ma la democrazia americana regnò incontrastata durante la Grande depressione?» (p. 149). Questo interrogativo lo pone Patel che risponde immediatamente affermando come «con il senno di poi la risposta potrebbe sembrare evidente». Ma la risposta appariva più che incerta, invece, all'epoca e specialmente se si guardava a ciò che avveniva nel mondo e all'Europa in particolare. A nostro avviso, inoltre, tale interrogativo lascia margini di riflessione persino adesso: interrogarsi sull'esistenza (o resistenza) della democrazia nell'America degli anni Trenta appare utile per comprendere non tanto gli aspetti 'oscuri' del New Deal e alimentare una non troppo interessante 'letteratura nera' delle esperienze liberali tra le due guerre, quanto per rileggere quegli strumenti giuridici che, lungi dall'essere per definizione o autoritari o democratici, si sono prestati all'una o all'altra esperienza e si sono in essi plasmati e definiti per poi ritrovarsi a essere elementi di partenza delle nuove esperienze costituzionali e democratiche post-belliche. Ad esempio, la vicinanza di esperienze come quelle citate in precedenza di assistenza al lavoro e di educazione sociale rispettivamente in America e Germania, sembra provare che non tanto i modelli giuridici definiscono le dimensioni politiche e di regime di un determinato contesto, quanto e piuttosto viceversa: pertanto non dovrebbe stupire l'identità (o — meglio — la somiglianza) esistente tra le soluzioni approntate dalle esperienze totalitarie e dalle esperienze liberali o persino democratiche negli anni della «grande depressione».

⁽⁴²⁾ Patel non stenta poi a riconoscere come «persino le dittature autoritarie e fasciste non esercitarono mai un controllo e una coercizione di stato totali» (p. 127). Pertanto, tra una pianificazione che ambiva a essere totalitaria ma che si assestò in verità ad una ben più efficace collaborazione capitalista e quella *ab origine* tale immaginata dal New Deal, non appare esserci la radicale distanza che spesso si è voluto rimarcare per non correre il rischio (persino legittimo) di non confondere due esperienze politicamente contrapposte. Ancor più sbrigativa anche se di segno opposto è la ricostruzione di Geminello Alvi sull'identità tra fascismi (al plurale) e New Deal: «Il New Deal fu la variante americana di quello che i fascismi facevano in Europa: spese keynesiane prima che Keynes concedesse di chiamarle tali; un sistema bancario imbrigliato da utilità statali; una burocratica gerarchia di oligopoli; protezionismi ferrei: salvare attraverso lo Stato il Capitalismo». Cfr. G. ALVI, *Il Secolo Americano*, Milano, Adelphi Edizioni, 1996, p. 439. Ancora una volta, entrambe le posizioni sembrano confermare, però, l'opportunità di un'analisi «globale» delle vicende complesse e intrecciate degli anni Trenta.

Tuttavia, la frattura generata dalla Seconda guerra mondiale comportò non soltanto la fine di una stagione deflattiva che si trascinava da oltre dieci anni, ma anche e soprattutto un (inevitabile?) riposizionamento della scienza giuridica che ebbe ricadute evidenti sulle successive interpretazioni offerte su quegli anni Trenta appena conclusi, schiacciati tra una guerra e l'altra. Così in America la « riconquistata fiducia in se stessi » e la sensazione diffusa in un'intera nazione di essere « uscì[ta] dal conflitto mondiale più forte di quanto non lo fosse quando vi era entrata » (p. 368), spinsero a sottovalutare le trasformazioni inverate nel recente passato; in Italia l'atteggiamento non fu dissimile, alla luce del fatto che, persino lasciando da parte le letture 'crociane' delle dittature come parentesi⁽⁴³⁾, le interpretazioni degli anni Trenta finirono per offrire proprio quell'immagine del periodo 'in tono minore' se confrontato alle 'gloriose' conquiste liberali del passato o agli approdi delle democrazie 'mature' del presente. Guardando al periodo infrabellico si offriva troppo spesso, cioè, il resoconto di una serie di tentativi tanto empirici quanto caotici di dar forma giuridica a un'incertezza sistematica frutto della crisi novecentesca dello Stato di diritto; tentativi — si diceva — troppo legati alle necessità contingenti per ricevere un'attenzione di natura sistematica. E persino in Italia, ove molti e innegabili erano i segni di continuità tra la stagione appena conclusa e la nuova età repubblicana, la sopravvivenza di molte tra le intelaiature giuridiche e istituzionali fasciste vennero giustificate sottolineandone una natura tecnica o, in senso lato, extra-giuridica che le poteva indifferentemente legare tanto alla previgente stagione liberale quanto alla nuova esperienza costituzionale, privando gli anni Trenta di qualsiasi rilevanza teorico-giuridica ulteriore.

Non si riusciva a (o non si voleva) cogliere perciò, la dimensione del ruolo giocato dalla crisi economica nel facilitare processi di transizione politica e riforma giuridica che testimoniavano, invece, come lungo tutto l'arco del Novecento (e ancora oggi) fosse divenuta fondamentale l'interconnessione tra le scienze sociali⁽⁴⁴⁾, con la conse-

⁽⁴³⁾ « Che cosa è nella nostra storia una parentesi di venti anni? ». Cfr. B. CROCE, *La libertà italiana nella libertà del mondo* (20 gennaio 1944), in ID., *Scritti e discorsi politici*, I, Bari, Laterza, 1963, pp. 56-57. Da questa domanda che si poneva Croce nel 1944 sono scaturite negli anni una serie di interpretazioni incentrate sulla continuità tra stagione liberale e stagione repubblicana proprio perché « è pensabile che la parentesi così come fu aperta sia stata chiusa, proprio come si guarisce dalla malattia conservando la propria identità personale ». C. PAVONE, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, p. 71.

⁽⁴⁴⁾ Innegabile è, del resto, la rilevanza nuova assunta nel discorso pubblico dal

guenza che anche laddove attraverso l'affermazione di principi nuovi (come per esempio all'interno del nostro dettato costituzionale) si era dato sviluppo ulteriore alla problematica novecentesca di conciliare e bilanciare diritto, politica, ed economia, essi non trovarono molto spesso concreta attuazione. Così, dopo che la «grande depressione» sembrava aver invero diffuso la consapevolezza che al momento economico non poteva non accompagnarsi quello delle decisioni politiche contingenti e ancor di più quello delle sue limitazioni giuridico-costituzionali, nel secondo dopoguerra per molti, invece e semplicemente, «si trattava di riprendere il discorso interrotto venti anni prima»⁽⁴⁵⁾.

Ma gli anni Trenta pur non essendo quel «medioevo della modernità», una deviazione incidentale rispetto ai principi dello Stato liberale di diritto che molti hanno finito per delineare, non possono però essere neppure letti acriticamente come un vero e proprio «specchio del presente»: se infatti e come abbiamo già sottolineato, essi offrono l'immagine e il senso delle crisi come 'terreno fertile' su cui si innestano trasformazioni ed evoluzioni del diritto, dall'altra non si può ignorare il fatto che tali trasformazioni finirono per essere necessariamente 'limitate'. Osservando le vicende di Italia e Stati Uniti è facile notare, su tutte, la progressiva estensione della dimensione sociale del diritto e dei diritti, prima ignorata dalle teorie liberali. Si trattò oltretutto di una trasformazione dai caratteri davvero globali, poiché la crisi del modello liberale — sancita in larga parte proprio dal rifiuto della socialità del diritto — riguardò la maggior parte dei Paesi occidentali, tutti impegnati seppur in forme e con strumenti diversi a individuarne la soluzione. E così in America «il progetto presente in maniera più continuativa nell'agenda politica della metà degli anni Trenta fu la sicurezza sociale», ed essa, seppur delineandosi nel peculiare modello assicurativo americano, anche negli 'isolati' Stati Uniti era frutto dell'influenza delle politiche avviate anche altrove nel mondo a seguito degli sconvolgimenti globali (e giuridici) portati già dalla Prima guerra mondiale, dalla quale era originata la necessità di stipulare «il nuovo contratto sociale fra stato e società» (p. 255)⁽⁴⁶⁾.

momento economico: e così, in Italia «la grande crescita del settore statale dell'economia — avvenuta nonostante il proclamato liberismo dei governi — produce una corrispondente domanda dei servizi degli economisti. Un ruolo di protagonisti che negli Stati Uniti era stato alimentato dal New Deal». Cfr. R. FAUCCI, *Dall'«economia programmatica» corporativa alla programmazione economica: il dibattito fra gli economisti*, in «Quaderni fiorentini», XXVIII (1999), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, p. 31.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. 32. In questa visione al fascismo si imputava piuttosto «la colpa» di aver rifiutato proprio il «liberismo economico dei suoi inizi».

⁽⁴⁶⁾ «Il programma» — ricorda Patel — «si basava su scambi transnazionali e

Nel Novecento — si diceva — era proprio la sicurezza sociale la principale «pietra di paragone rispetto alla quale qualsiasi stato moderno avrebbe dovuto misurarsi, prima o poi» (p. 256). A fare da contraltare a tale evoluzione stavano però i diritti civili, che non ebbero eguale espansione in quegli anni: al contrario, nelle esperienze totalitarie continentali l'affermazione della sicurezza sociale andava di pari passo con la repressione delle libertà civili e politiche, e in egual misura questo avvenne anche nei democratici Stati Uniti ove molte delle soluzioni messe in campo per fronteggiare le crisi contemporanee, si fondarono su una disuguaglianza di fondo cui non si volle mettere riparo alcuno⁽⁴⁷⁾. E non è un caso che persino Patel, impegnato fortemente a sostenere le ragioni progressiste del New Deal e la sua spinta internazionalista, riconosca come, in definitiva, la sua dimensione globale e moderna era tuttavia accompagnata da una limitazione, tanto da poterne racchiudere il senso in questa espressione:

nel complesso la crisi del capitalismo e della modernità occidentale a prevalenza bianca e maschile vissuta dall'America negli anni Trenta era incastornata in discorsi e pratiche globali (p. 241)

È perciò anche nell'incompatibilità tra evoluzione dei diritti sociali, da un lato, e pieno riconoscimento delle libertà civili, dall'altro, che si annida la natura 'incompleta' degli anni Trenta nel realizzare il

su tendenze globali, e in particolar modo sulle connessioni progressiste atlantiche» (p. 253). I riferimenti globali anche in questo caso servivano a legittimare la necessità di una precipua legislazione americana sulla sicurezza sociale, ma «il Social Security Act del 1935 non poteva negare la sua ispirazione europea» assumendo però un volto «molto più statalista di quanto normalmente si pensi» che lo legava «al modello tedesco che prevedeva un'assicurazione sociale obbligatoria finanziata dalle ritenute sui salari». Nonostante un costante riferimento transnazionale alle diverse politiche sociali europee e le somiglianze appena delineate che avvicinavano gli Stati Uniti all'esperienza continentale, «i *policy makers* americani non erano certo inclini ad ammetterlo [...] e preferirono evocare la tradizione americana della responsabilità individuale e della fiducia in se stessi» (p. 263). Il risultato più evidente di tale operazione fu il fatto che «stipulando milioni di contratti privati fra gli individui e le agenzie pubbliche a livello federale e statale, l'individualismo americano fu dotato di un'impalcatura pubblica e fu fondato su un'enorme burocrazia statale» (p. 275).

⁽⁴⁷⁾ Cfr. il lavoro già richiamato di KATZNELSON, *Fear Itself*, dove si ricostruisce, ad esempio, «the singular importance of Southern Democratic Congressmen to the ND project, Congressmen who were racists and whose power rested on the continued exclusion and exploitation of Blacks». Cfr. M. ROSENTHAL, *Review of Ira Katznelson's "Fear Itself"*, in «Journal of Sociology & Social Welfare», XL (September 2013), 3, p. 187.

passaggio dall'Ottocento liberale al secondo Novecento social-democratico. Un'incompatibilità che è il risultato di quella tensione tra trasformazione e resistenza, tra conservazione del liberalismo e affermazione proprio del modello social-democratico, che nel New Deal trovava una chiara espressione nelle vicende dell'edilizia residenziale pubblica, che mise a contrasto chi «poteva vedere nell'assistenza abitativa pubblica un diritto economico in grado di aumentare la vitalità della democrazia» e chi, invece «la percepiva come dannosa per i valori fondamentali americani» (p. 268). I diritti sociali perciò, non vennero qui intesi in senso democratico ma in senso 'paternalistico', e fu questo 'conflitto' una delle eredità principali di un New Deal che «diede così vita a politiche federali che, sul medio periodo, compromisero l'autorità dello stato come attore legittimo e servirono come argomento delle politiche neoliberali» (p. 275).

A differenza di quanto avvenne in Italia con la stagione costituente, alla fine del decennio in America «i new dealers scelsero di ridimensionare le proprie ambizioni politiche; alla fine, tra le molte *American ways* possibili, optarono per una delle tradizionali» (p. 283). Ecco quindi che, sul lungo periodo, i contesti politici e culturali continuarono ad avere una rilevanza che non può essere ignorata dall'interprete del passato, e così il diritto (e i diritti) non possono semplicemente essere ricondotti a una comune matrice «globale».

Il 'diritto globale' è espressione che svolge una funzione unificante, tende a presupporre il diritto come un linguaggio, una logica, una struttura comune (cose che in effetti è), e vi opera in modo omologante, tenendo da parte, come farebbe una 'teoria pura', gli elementi differenzianti, che restano ininfluenti. Ma la diversità degli ordini di legalità dovrebbe avere un *peso*, e il suo riconoscimento è preliminare rispetto a ogni conseguente profilo delle loro relazioni⁽⁴⁸⁾.

Lo sviluppo dello stato sociale in quegli anni rappresentò, infatti, una peculiare dimensione, figlia di politiche fortemente stataliste, dalle quali emergeva la dimensione sociale dell'individuo ma alle quali non si attribuiva ancora un'ulteriore funzione emancipatoria del soggetto stesso. Rileggere queste esperienze eminentemente nazionali in chiave comparata o attraverso quel particolare approccio metodologico che Duve definisce di «glocalization»⁽⁴⁹⁾, ci permette allora una

(48) G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 108.

(49) «Conceiving of global legal history» — afferma Duve — «as a process of 'glocalization' thus means to reconstruct the appropriation of (global) normativity, transmitted in whatever way to those who are producing law, by looking at the local

comprensione maggiore delle differenze e delle evoluzioni che scaturirono anche da questa stessa stagione «globale». Prendere in considerazione «la tensione tra i due poli» locale e globale e «rendere feconda tale tensione», può portare così a «concepire spazi giuridici adeguati al problema», con la conseguenza, da un lato, di non doversi limitare forzatamente al compito (gravoso e forse persino infruttuoso) di «scrivere una storia del diritto mondiale»⁽⁵⁰⁾ e, dall'altro, di attribuire adeguata rilevanza alla preventiva e accurata analisi della dimensione locale, poiché solo da una piena comprensione di questa appare possibile ricostruire in maniera scientificamente profittevole il processo di espansione (e persino di riproduzione) di alcune dimensioni ed esperienze giuridiche precipue, fuori dal proprio contesto originario⁽⁵¹⁾.

Varie vicende finanziarie della crisi dimostrarono allora e dimostrano ancora oggi, per esempio, che «il nazionalismo economico e la globalizzazione non costituiscono due poli opposti e che al contrario le loro relazioni sono ben più complesse» (p. 172). Rileggere gli anni Trenta, comprendere la transnazionalità di una storia a cavallo tra globalizzazione e nazionalismo, appare un esercizio non inutile anche per l'oggi, dove una crisi finanziaria sembra aver aperto le porte «a un ritorno del nazionalismo economico, da intendersi però come una variante del neoliberalismo, ovvero come fase del capitalismo in cui si chiede nuovamente ai pubblici poteri di sostenerne l'equilibrio e lo sviluppo. Tutto ciò è però incapace di mettere in discussione il primato dell'economia sulla politica, e con esso la tendenza verso la spolitizzazione dell'ordine economico. Giacché la deregolamentazione, ovvero la rinuncia del legislatore a orientare i comportamenti dei consociati, non produce risultati diversi dal ritorno alla regolamentazione,

circumstances of producing meaning. Global legal history, as it is understood here, is thus very different from world legal history and cannot be detached from local histories». DUVE, *Global Legal History*, cit., p. 12.

⁽⁵⁰⁾ DUVE, *Storia giuridica globale e storia giuridica comparata*, cit., p. 165.

⁽⁵¹⁾ È proprio dalla rilevanza data *in primis* alla dimensione locale che il termine *globalization* trova la propria formulazione: «only from this local perspective, can the epistemic and communicative setting be traced out and then regional or global connections established». Cfr. DUVE, *Global Legal History*, cit., p. 11. Sul tema cfr. anche LACCHÈ, *Sulla comparative legal history e dintorni*, cit., p. 258, ove si afferma che «non si tratta certo di abbandonare le identità nazionali e regionali (perché dovremmo farlo?), ma di collegarle meglio fra di loro, di vederne lo sviluppo all'interno di una cultura dell'interconnessione che valorizzi i campi della 'legal culture' e passi anzitutto attraverso le differenze, l'alterità, per scorgere gli elementi di vicinanza e di empatia culturale».

se quest'ultima avviene nelle forme di volta in volta ritenute necessarie ad alimentare il progetto neoliberale»⁽⁵²⁾.

E mentre prende sempre più campo nei rapporti intercorrenti tra economico e giuridico, la dimensione della c.d. «governance», una «espressione fluida» legata soprattutto all'espansione dell'autoregolazione che «sfugge alla distinzione pubblico-privato» e che spesso è rimessa nelle mani di attori non-statali, occorre ricordare che «il cosiddetto 'diritto globale' è solo *uno* tra gli strati di legalità che abitano il globo: e vi sono molte buone ragioni, giuridiche, politiche, di giustizia, innanzitutto, per resistere ai tentativi di riorganizzare il mondo sotto un'unica, omnicomprensiva legalità»⁽⁵³⁾. Tale richiamo vale anche per lo storico del diritto, poiché se si può riconoscere che persino oggi «le leggi sono 'relazioni' che si desumono dalla combinazione di fattori sociali, culturali, geografici, del commercio, dell'economia, di maniere e costumi, nonché dall'influenza e dal ruolo (positivo o negativo) svolto dal governo politico»⁽⁵⁴⁾, ciò è a maggior ragione vero per gli anni Trenta, un periodo durante il quale, ovunque si guardasse nel mondo, il legame tra regime politico, «identità nazionale» e costruzione giuridica era programmaticamente esibito. Di conseguenza e in conclusione, sta forse proprio in questo la rilevanza che una ricostruzione «globale» può offrire ancora oggi allo storico del diritto che voglia contribuire alla tematizzazione di problemi complessi e tutti da interpretare, ieri come oggi, per i quali occorre evidenziare il ruolo, il peso che hanno le «esperienze territoriali», capaci così di «frena[re] l'eccesso di indulgenza verso le somiglianze» e di riservare «molta cautela sui rapidi tratti di penna con cui si cercano di delinearne concordanze, somiglianze, e di dimenticare divergenze»⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ A. SOMMA, *Comparazione giuridica, fine della storia e spolticizzazione del diritto*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., p. 535.

⁽⁵³⁾ PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., p. 13.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 113. Sul tema vd. anche U. SIEBER, *Legal Order in a Global World. The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms*, in «Max Planck Yearbook of United Nations Law», 14 (2010), 1, pp. 1-49.

⁽⁵⁵⁾ PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., pp. 115 e 116.

LORENZO PACINOTTI

NATURALI SVILUPPI DEL PASSATO:
TRASFORMAZIONI NEW LIBERAL
DELLA LEGISLAZIONE SOCIALE BRITANNICA

(A proposito di J. Cooper, *The British Welfare Revolution, 1906-14*)

1. La centralità del riformismo 1906-14: i caratteri di una «British Welfare Revolution». — 2. Mediazioni e presupposti per l'affermazione legislativa del New Liberalism. I diritti sociali nella continuazione della tradizione Whig. — 3. L'impatto della moltiplicazione dei servizi sociali: tendenze redistributive e direttrici amministrative. — 4. Circa la cesura del riformismo New Liberal: i limiti di un approccio di social policy.

1. *La centralità del riformismo 1906-14: i caratteri di una «British Welfare Revolution».*

Segno di una progressiva trasformazione in grado di travolgere gli assunti dello Stato di diritto liberale, nonché internazionale testimonianza di una complessiva evoluzione in senso sociale degli ordinamenti, il *Welfare State* intreccia in modo viscerale la riflessione giuridica novecentesca. Un recente contributo di John Cooper ⁽¹⁾, notevole per completezza e dettaglio, potrebbe offrire spunti interessanti per comprendere i caratteri britannici dello sviluppo dei servizi sociali, chiarirne le discordanze e gli itinerari comuni alle esperienze continentali. Nonostante tutte le peculiarità del costituzionalismo inglese ⁽²⁾, non può stupire, specie in materia di diritti sociali, che l'ispirazione provenga da una realtà così propriamente insulare. Risulta di

⁽¹⁾ J. COOPER, *The British Welfare Revolution, 1906-14*, London, Bloomsbury Academic, 2019, nuovamente pubblicato dopo la prima apparizione del 2017, offre uno spaccato sulla legislazione sociale varata dai governi liberali fra il 1906 e il 1914; periodo che, in Gran Bretagna come sul continente, risulta particolarmente rilevante per lo sviluppo del diritto sociale novecentesco. Per la dimensione giuridica continentale, si rimanda al numero *Giuristi e Stato sociale* di questi «Quaderni», volume 46, 2017.

⁽²⁾ Circa le permanenti complessità di una comparazione con le esperienze con-

immediata evidenza che nell'evoluzione dello Stato sociale l'esperienza britannica rivesta un ruolo di indubbia centralità: il piano universalistico di protezione sociale di William Henry Beveridge del 1942, oltre a concretizzare l'appello rooseveltiano alla *freedom from want*, appare capitanare la rivoluzione del costituzionalismo del secondo dopoguerra, giacché la 'libertà dal bisogno' si candida a legittimare e sorreggere giuridicamente tutti i diritti garantiti dalle nuove democrazie solidali⁽³⁾. E altrettanto potrebbe dirsi dell'influenza storica della reazione thatcheriana: riferimento necessitato, proprio in risposta al *Social Service State* beveridgiano e alla socialdemocrazia di John Maynard Keynes, della crisi della dogmatica dei diritti sociali, nella quale il caso britannico riveste, nuovamente, un ruolo di indiscusso battistrada⁽⁴⁾.

Il volume di Cooper riscopre vicende forse meno note per il giurista continentale, ma che risultano parimenti decisive nell'illuminare la rilevanza internazionale delle straordinarie innovazioni della legislazione sociale britannica, già sul finire della *Belle Époque*⁽⁵⁾. I provvedimenti approntati dai governi liberali fra il 1906 e il 1914 sarebbero

continentali, resta indispensabile l'armamentario offerto da A. TORRE, *Interpretare la Costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁽³⁾ Il documento ufficiale è intitolato *Report of the Inter-Departmental Committee on Social Insurance and Allied Services* [Cmd. 6404], 1942. La traduzione italiana, *Il Piano Beveridge: compendio ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, Londra, presso la Stamperia Reale, 1944, è stata riproposta nel volume curato da U. Ascoli, *Alle origini del welfare state: il rapporto su assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, Milano, Angeli, 2010. Per un'interpretazione del *Report*, si veda almeno B. ABEL-SMITH, *The Beveridge Report: Its Origins and Outcomes*, e P. BALDWIN, *Beveridge in the Longue Durée*, entrambi in *Beveridge and Social Security: An International Retrospective*, J. Hills, J. Ditch, H. Glennerster (ed.), Oxford, Clarendon press, 1994, rispettivamente alle pp. 10-22 e 37-55. Per il valore giuridico dei diritti sociali, si rimanda invece ai contributi di A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, pp. 1-34; M. LUCIANI, *Diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, Cedam, 1995, pp. 97-134; P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 365-417; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma, Laterza, 2014.

⁽⁴⁾ Si veda H. GLENNERSTER, *British Social Policy since 1945*, Oxford, Blackwell, 1995. Sull'involuzione del modello di *welfare* britannico: R.M. TITMUS *et al.*, *Social Policy. An Introduction*, London, Hyman, 1974; G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity, 1990; D. GARLAND, *The Welfare State. A Very Short Introduction*, Oxford, University Press, 2016.

⁽⁵⁾ Circa le radici dello Stato sociale britannico, è comunque noto il saggio di A. BRIGGS, *The Welfare State in Historical Perspective*, in «Archives européennes de sociologie», II (1961), pp. 221-258.

tanto rivolti alla costruzione di un'innovativa responsabilità sociale da smarcarsi dal paternalismo del *Sozialstaat* bismarckiano; e ciò ben prima che le sorti della Grande guerra suggerissero le clamorose novità inserite nel capo relativo alla «vita economica» della Costituzione di Weimar⁽⁶⁾. L'autore non manca di evidenziare l'avanguardismo del riformismo britannico d'inizio secolo, il cui valore appare idoneo, per il capillare impatto sulla società e per la vastità delle novità introdotte, ad assumere una portata costituzionale e a configurare i tratti di una *British Welfare Revolution*⁽⁷⁾. La cesura consumata in quegli anni sarebbe tanto considerevole che, se non addirittura capace di rivaleggiare per importanza con il *Beveridge Report*, ne costituirebbe quanto meno un pacifico antecedente logico in grado di evolversi in modo naturale nella «cittadinanza sociale» laburista, predisposta nell'immediato secondo dopoguerra sulla base delle proposte beveridgiane⁽⁸⁾.

Del resto, tale interpretazione non è inedita. Su tutti, era lo stesso Beveridge a precisare che il suo rapporto, pur delineando una protezione sociale 'dalla culla alla bara', tramite una previdenza universalistica, un servizio sanitario nazionale gratuito, un'assistenza residuale inclusiva e solidale, si proponeva meramente di riorganizzare le innovazioni già introdotte fra il 1906 e il 1914; innovazioni alle quali, si noti, aveva direttamente partecipato come *civil servant* al *Board of Trade*, al tempo guidato da un Churchill alle prime esperienze amministrative.

(6) Necessario il richiamo agli autori della manualistica storico-comparativa del *Welfare State*: J. ALBER, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat*, trad. it. *Dalla carità allo Stato sociale*, Bologna, il Mulino, 1986; D.E. ASHFORD, *The Emergence of the Welfare States*, Oxford, Blackwell, 1986; M. FERRERA, *Modelli di solidarietà: politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, il Mulino, 1993; G.A. RITTER, *Der Sozialstaat*, trad. it. *Storia dello Stato sociale*, Bari, Laterza, 1996; F. GIROTTI, *Welfare state: storia, modelli e critica*, Roma, Carocci, 1998; F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Roma, Carocci, 2013.

(7) Come da titolo del volume, i tratti della rivoluzione sono ben argomentati nelle conclusioni del lavoro di COOPER, pp. 287-295, sulla base del confronto con i tre pilastri con cui la legislazione laburista recepì quasi interamente il *Beveridge Report*: il *National Insurance Act* (1946), il *National Health Service Act* (1946) e il *National Assistance Act* (1948).

(8) Si fa qui riferimento a T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class* [1949], trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, Roma, Laterza, 2002. Cfr. L. MARROCU, *Il contesto marshalliano: origine e sviluppo del Welfare State britannico*, in *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*, Atti del convegno annuale SISSCO, a cura di C. Sorba, Padova, 1999.

In un certo senso il piano qui esposto sembra rivoluzionario, ma in realtà non è che lo sviluppo naturale del passato. Si potrebbe definire come una rivoluzione dal carattere prettamente britannico⁽⁹⁾.

Nel marcare le continuità e il gradualismo secondo la consueta indole d'oltremarina, non vi è dubbio che Beveridge guardasse all'assicurazione contro le malattie e la disoccupazione di cui al *National Insurance Act* del 1911, laddove esplicitamente sosteneva che le proprie proposte, lungi dall'essere sovversive, fossero in realtà «non più che un completamento di ciò che era iniziato in Gran Bretagna nel 1911», anno nel quale «la battaglia delle assicurazioni sociali per i benefici monetari e per l'assistenza medica era stata combattuta e vinta in linea di principio»⁽¹⁰⁾. Il modello assicurativo del *National Insurance Act* rappresentava, in effetti, l'apice della legislazione sociale del periodo e appariva concretizzare una responsabilità sociale non più limitata a concedere le sole prestazioni necessarie a mantenere l'ordine sociale⁽¹¹⁾. Ciò valeva sia per la prima parte del provvedimento, dove lo schema sanitario raggiungeva una platea che ne segnalava le prime mire universalistiche; sia nella *Part II* che disciplinava la nuova tutela della disoccupazione, primo esempio europeo della copertura di tale rischio, nonché testimonianza lampante di un'invasione statale nella sfera del mercato capace di incrinare le certezze del *laissez-faire* ancora largamente egemoni⁽¹²⁾.

Così, l'assicurazione sociale sembrava emanciparsi dai caratteri stigmatizzanti che qualificavano l'individualismo di matrice bentha-

⁽⁹⁾ W.H. BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services*, trad. it. in *Il Piano Beveridge*, cit., p. 32, par. 31.

⁽¹⁰⁾ «No more than a completion of what was began in Britain in 1911: the battle of Social Insurance for cash benefits and for medical treatment was fought and won in principle thirty-six years ago». W.H. BEVERIDGE, *Epilogue*, in E. Rathbone, *Family allowances*, London, Allen and Unwin, 1949, p. 269. Il passo è riportato anche nell'analisi critica di A. LA SPINA, *Il modello normativo del Welfare State. Teoria della Social Policy in Gran Bretagna*, Palermo-Sao Paulo, Palma, 1983, p. 62.

⁽¹¹⁾ Sulla rilevanza internazionale dell'assicurazione sociale britannica si veda S. KUHNLE, A. SANDER, *The Emergence of the Western Welfare State*, in F.G. Castles et al., *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 67-71.

⁽¹²⁾ Il sistema assicurativo era però limitato a settori esposti a disoccupazioni cicliche, principalmente edilizia, fonderie, industrie di veicoli e ingegneria meccanica. Sarà successiva la reale crisi dell'economia auto-regolata. «Un cambiamento è nell'aria»: basti qui ricordare che è del 1926 *The End of Laissez-Faire* di J.M. KEYNES, trad. it. *La fine del Laissez-Faire e altri scritti*, Torino, Bollati Boringhieri, 1991. La citazione è a p. 21.

miana tipico del modello ottocentesco della *Poor Law*⁽¹³⁾; fulcro nodale di tutto il *welfare* britannico almeno fino al riformismo liberale dei primi anni del Novecento, la *New Poor Law* del 1834, vietando ogni forma di assistenza monetaria, aveva associato il mantenimento a carico dello Stato alla perdita delle libertà e dei diritti politici, all'emarginazione sociale degli edifici semi-detentivi delle *workhouses*, allo svolgimento di un lavoro forzato orientato al principio della 'minore-desiderabilità' rispetto ad ogni altro disponibile sul mercato⁽¹⁴⁾. Inaugurata dal governo Campbell-Bannerman nel 1906 e proseguita da Asquith, la moltiplicazione delle prestazioni sociali all'esterno del perimetro della *Poor Law* manifestava la crisi di tale modello, segnava il ribaltamento della visione colpevolistica della povertà propria della cultura del *self-help*⁽¹⁵⁾ ottocentesco, rappresentava, altresì, il perno attorno al quale avrebbe ruotato tutta la legislazione sociale varata fino al 1914⁽¹⁶⁾. Prima dell'insorgere della Grande guerra, difatti, erano stati legislativamente predisposti provvedimenti per la tutela dell'a-

(13) Con il *Poor Law Amendment Act* del 1834, parte di una rivoluzione *Whig* che costituisce la prima breccia nel localismo dello Stato giurisdizionale britannico e nella supremazia dei *Lords*, le *old poor laws* di elisabettiana memoria venivano sostituite da un disegno amministrativamente accentrato che, in aderenza ai canoni dell'utilitarismo di Bentham, doveva liberare risorse economiche che avrebbero aggravato il sistema fiscale e posto limiti al pieno dispiegarsi del libero scambio. Resta fondamentale la monumentale analisi di B. WEBB, S. WEBB, *English Poor Law History* (1927-29), sul modello ottocentesco la *Part II, The Last Hundred Years*, London, Frank Cass, 1963, in particolare il volume I, p. 104 e ss. Per la centralità della *Poor Law* in tutti gli ambiti del *welfare* vittoriano si veda K LAYBOURN, *The Evolution of British Social Policy and the Welfare State*, Keele, Ryburn Publishing, 1995, pp. 15-94.

(14) Relativamente ai caratteri efferati della *Poor Law*, si rimanda a D. ROBERTS, *How Cruel was the Victorian Poor Law?*, in «*Historical Journal*», VI (1963), 1, pp. 97-107, nel quale si evidenzia come il regime colpevolistico delle *workhouses* vada comunque interpretato tenendo a mente la durezza delle condizioni di vita in quegli anni. È poi da notare che la *Poor Law*, pur avendo ambizioni tutt'altro che umanitarie, costituì un importante precedente per lo sviluppo amministrativo dei servizi in materia di salute pubblica. Cfr. H. PARRIS, *Constitutional Bureaucracy*, trad. it. *Una burocrazia costituzionale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1979, pp. 361-391.

(15) Ne è storicamente il perno il fortunato libro di S. SMILES, *Self-help* (1859), trad. it. *Chi si aiuta Dio l'aiuta. Ovvero storia degli uomini che dal nulla seppero innalzarsi ai più alti gradi in tutti i rami dell'umana attività*, Milano, Editori della Biblioteca utile, 1867, che è tutto un manifesto della libera iniziativa: «fiducia», «perseveranza», «energia e coraggio» sono le parole d'ordine.

(16) Circa la crisi della *Poor Law*, M.A. CROWTHER, *The later years of the workhouses 1890-1929*, in *The Origins of British Social Policy*, P. Thane (ed.), London, Crom Helm, 1978, pp. 36-55. Sulla novità dei servizi «outside the *Poor Law*» si sof-

zione sindacale e per il completamento del sistema assicurativo contro gli infortuni sul lavoro, servizi di mensa e assistenza sanitaria per gli alunni bisognosi, centri per l'impiego, meccanismi di integrazione salariale, nonché, oltre ai vantaggi dell'assicurazione contro le malattie e la disoccupazione, i benefici della pensione non contributiva dell'*Old Age Pensions Act* ⁽¹⁷⁾.

La completa rassegna sulle riforme sociali del 1906-14 offerta da Cooper sembra allora inserirsi entro una tradizione storiografica che, da tempo, tende a legittimare l'interpretazione di Beveridge in merito al suo piano, inteso quale *naturale sviluppo del passato* proveniente dalla legislazione dei governi liberali ⁽¹⁸⁾. Per contro, dove l'approccio di Cooper appare più innovativo è nel declinare l'origine di tale stagione guardando all'affermazione di una «counter-elite» ⁽¹⁹⁾, formata da una pluralità di attori e una rete composita, abile nel rinnovare la tradizione *Whig* e capace di imporsi ai danni dell'*Old Liberalism* benthamiano.

Lascito intellettuale di scuole assai diverse, spesso ricondotte a *Unto This Last* di John Ruskin ⁽²⁰⁾ o ai *Chapters on Socialism* di John Stuart Mill ⁽²¹⁾, il 'nuovo liberalismo' si avvaleva di una dimensione

ferma P. THANE, *Foundations of the Welfare State*, London-New York, Longman, 1996, pp. 72-90.

⁽¹⁷⁾ COOPER, riguardo alla *National Health Insurance* (pp. 151-163), *Unemployment Insurance* (165-184), *child welfare* (pp. 39-60), *old age pensions* (pp. 61-78), *minimum wage* (79-104 e 261-287). Per una visione d'insieme di tali riforme è indispensabile J.R. HAY, *The Origins of the Liberal Welfare Reforms. 1906-1914*, London, Macmillan, 1975.

⁽¹⁸⁾ Tale interpretazione era già consolidata nella prima edizione del 1961 di M. BRUCE, *The Coming of the Welfare State*, London, Batsford, 1979, che considera esplicitamente il riformismo *New Liberal* quale un indiscusso «turning point» (pp. 154-228).

⁽¹⁹⁾ COOPER, pp. 7-38.

⁽²⁰⁾ J. RUSKIN, *Unto This Last* (1860), trad. it. *A quest'ultimo. Quattro saggi di socialismo cristiano*, Torino, M. Valerio, 2003, p. 90: «mentre per molto tempo si è saputo e si è dichiarato che i poveri non hanno diritto alla proprietà dei ricchi, io desidero e si dichiara che i ricchi non hanno diritto alla proprietà dei poveri».

⁽²¹⁾ «La società ha pienamente il diritto di abrogare o di modificare un diritto particolare della proprietà, che per ragioni sufficienti essa considera come un ostacolo al bene pubblico». Così J.S. MILL, *Chapters on Socialism* (1879), trad. it. *Il socialismo. Frammenti inediti*, Napoli, Anacleto Chiurazzi, 1899, pp. 119-120, nell'opera, rimasta incompiuta, che avrebbe dovuto completare la sua riflessione sul socialismo. Già nei *Principles of Political Economy* (1848), trad. it. *Principi di economia politica*, Torino, UTET, 1983, p. 345, Mill aveva proposto una «suddivisione delle grandi masse di ricchezza». Restava però fedele alla tradizione individualistica e al *laissez-faire*: il si-

etica collettiva posta a fondamento di un'assistenza avulsa da inclinazioni colpevolizzanti. Si prospettava, in sintesi, che l'intervento dello Stato si muovesse in favore di un migliore esercizio delle libertà democratiche, senza più rappresentare — come sovente accaduto nelle esperienze continentali — il mezzo paternalistico per frenarne lo sviluppo⁽²²⁾. Di qui l'esigenza di individuare i presupposti dell'affermazione legislativa del *New Liberalism* — i «recruiting grounds of the counter-elite»⁽²³⁾ — nella traiettoria dottrinale diretta alla reciproca compatibilità tra diritti sociali e libertà democratiche: l'osmotico equilibrio, mirato alla libertà-eguale e orientato al conseguimento dell'eguaglianza-delle-opportunità, doveva essere raggiunto tramite il montante impegno dello Stato nella moltiplicazione dei servizi sociali, nonché attraverso la mediazione tra individualismo e collettivismo, tra liberalismo e socialismo, tra libertà e uguaglianza.

2. *Mediazioni e presupposti per l'affermazione legislativa del New Liberalism. I diritti sociali nella continuazione della tradizione Whig.*

Contribuendo a infrangere gli assunti del liberalismo classico, Thomas Hill Green elaborava una nozione di libertà di nuovo conio, caratterizzata da contenuti propriamente positivi: l'obbligazione politica che regolava la società prescriveva che l'azione pubblica mirasse a una *positive freedom*, attraverso il conseguimento del bene comune, del *common good*⁽²⁴⁾. In antitesi all'immagine dello Stato quale 'guardiano notturno' dipinta a Manchester, l'idealismo hegeliano approdato a Oxford ne diffondeva una nozione dalle chiare accezioni collettivistiche, le uniche idonee ad assolvere le istanze di tutela poste dalla società industriale: lo Stato — termine che, si noti, Green contribuiva a diffondere anche in una realtà così scettica verso ogni sua personificazione⁽²⁵⁾ — si ergeva a ente collettivo di promozione del

gnificato più profondo di *On liberty* (1859), trad. it. *Saggio sulla libertà*, Milano, Net, 2002, risiede nella segnalazione conclusiva che ammonisce circa il pericolo per le forze plurali della società derivante dalla tirannide burocratica; il pericolo di «schiavitù per tutti» (p. 130).

(22) Si veda B. SORDI, *Democrazia e amministrazione: genealogie e sentieri interrotti*, in *La democrazia di fronte allo Stato: una discussione sulle difficoltà della politica moderna*, a cura di A. Pizzorno, Milano, Feltrinelli, 2010, pp. 119-149.

(23) COOPER, p. 15 e ss.

(24) T.H. GREEN, *Lectures on the Principles of Political Obligation* (1888), trad. it. *L'obbligazione politica*, Catania, Giannotta, 1973: sulla novità della libertà positiva, è centrale il saggio *On the Different Senses of «Freedom»* (pp. 97-140).

(25) Sulla scarsa fortuna del termine *State* in Gran Bretagna, oggetto di una diffidenza che lo ha limitato a qualificazioni contestuali, è sempre fondamentale E. BAR-

bene comune, diveniva *service* ⁽²⁶⁾, non più naturale ostacolo per le libertà, ovvero mero garante del divieto di interferenza nelle azioni individuali, non più esclusivamente chiamato alla protezione ‘negativa’ di proprietà e libertà contrattuale, bensì strumento della *removal of obstacles* ⁽²⁷⁾. Nondimeno, in Green restava irrisolta la tendenza dell’azione ‘positiva’ statutale a ricadere nell’ambito della volontà generale, con note che, torchiando il pluralismo milliano e la vocazione particolaristica così radicata nella tradizione giuridica britannica, erano estranee al suo tipico empirismo, noto per rifuggire dalle astratte categorizzazioni ⁽²⁸⁾; una tendenza che gli valse l’epiteto, per giunta ideato dalle file laburiste, di «quel Rousseau dell’età vittoriana» ⁽²⁹⁾.

Coerentemente con il dibattito in merito alla legislazione sociale varata a partire dal 1906, la soluzione sarà offerta, ipotizzando un compromesso fra Oxford e Manchester, da Leonard Trelawny Hobhouse. In perfetta coincidenza con l’approvazione del *National Insurance Act*, il suo *Liberalism* del 1911 è da considerarsi la massima sintesi del nuovo liberalismo inglese, in quanto costituisce la compiuta mediazione fra il pluralismo di Mill e il collettivismo di Green: se Hobhouse aderiva completamente ai due principali cardini della dottrina greeniana, ossia il *common good* e la *removal of obstacles*, chiariva al contempo che l’azione dei servizi sociali non poteva che essere

KER, *The Discredited State* (1915), in ID., *Church, State and Education*, Ann Arbor, 1957: «it is perhaps not an untrue saying, that the State has generally been discredited in England» (p. 151). Si pensi che ancora nella *Encyclopaedia Britannica* del 1911 la voce *State* era affidata a un giusinternazionalista. Sul punto, V. FROSINI, *La ragione dello Stato. Studi sul pensiero politico inglese contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 3-73.

⁽²⁶⁾ A dimostrazione dell’importanza della filosofia greeniana negli anni del riformismo sociale, J. MUIRHEAD, *The Service of the State. Four Lectures on the Political Teaching of T.H. Green* (1908), New York, HardPress, 2012.

⁽²⁷⁾ «Per questa ragione l’azione effettuale dello Stato, cioè la comunità che agisce per mezzo della legge, per la promozione del costume del vero cittadino, sembra essere necessariamente limitata alla rimozione degli ostacoli. Ma in questa azione, tuttavia, possono essere inclusi molti fini che gli stati hanno fino ad ora trascurato». Così, GREEN, *Lectures on the Principles of Political Obligation*, cit., pp. 439-440. Sul punto, anche P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. La civiltà liberale*, III, Roma, Laterza, 1999, pp. 3-65 e 81-98.

⁽²⁸⁾ Circa la volontà generale come «fondamento dello Stato», GREEN, *Lectures on the Principles of Political Obligation*, cit., pp. 301-333.

⁽²⁹⁾ «That mid-Victorian Rousseau», così Green è definito dal maggiore esponente del socialismo c.d. gildista, movimento rivolto alla valorizzazione dei gruppi intermedi nel sistema industriale, G.D.H. COLE, *Conflicting Social Obligations*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 15 (1914-1915), p. 148.

rivolta alla partecipazione dei cittadini ai processi decisionali⁽³⁰⁾: l'essenza del progresso democratico «dipende non solo dall'ampiezza del suffragio e dalla supremazia dell'assemblea legislativa eletta, ma anche dalle organizzazioni intermedie che uniscono l'individuo alla società»⁽³¹⁾. Precisazione, del resto, particolarmente importante per la realtà britannica: come ben rileva Cooper, uno tra i preminenti elementi che consentì al *New Liberalism* di affermarsi come filosofia dominante fu la rete dell'associazionismo volontario della *Charity Organization Society*, unitamente all'entusiasmo del movimento universitario che gravitava intorno a *Toynbee Hall*⁽³²⁾.

Ciò non toglie, tuttavia, che quella di Hobhouse sia una «social liberty»⁽³³⁾ e acquisisca compiutamente i caratteri di una libertà-eguale: «la battaglia per la libertà, se condotta ad oltranza, è una battaglia per l'uguaglianza»⁽³⁴⁾. Il ribaltamento dell'individualismo della *Poor Law* è netto: i diritti sociali, lungi dal comprimere i diritti civili e politici, tendono ora a divenire il naturale completamento delle libertà democratiche. Con toni che colpiscono per la risolutezza: «il diritto al lavoro e ad un salario minimo è altrettanto valido quanto i diritti civili o di proprietà, ed è quindi il presupposto fondamentale di un buon ordine sociale»⁽³⁵⁾.

«The old laissez-faire Liberalism is dead»⁽³⁶⁾. La crisi del liberalismo — come Hobson intitolava la sua opera del 1909 — si manifestava con l'adesione della nuova legislazione sociale al principio dell'uguaglianza-delle-opportunità: «the phrase in which this reform mo-

⁽³⁰⁾ Cfr. N. URBINATI, *Il liberalismo socialista nella tradizione inglese*, in *I dilemmi del liberalsocialismo*, a cura di M. Bovero, V. Mura, F. Sbarberi, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1994, pp. 222-231. Si veda anche N. BOCCARA, *Vittoriani e radicali. Da Mill a Russell. Etica e politica nella cultura inglese tra '800 e '900*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1981, pp. 149-162.

⁽³¹⁾ L.T. HOBHOUSE, *Liberalism* (1911), trad. it. *Liberalismo*, Firenze, Vallecchi, 1995, p. 216. Sul *Liberalism* si veda A. DE SANCTIS, *Leonard T. Hobhouse: libero scambio e giustizia sociale*, Scandicci, Centro editoriale toscano, 2014, pp. 9-53.

⁽³²⁾ COOPER, pp. 15-23, attribuisce un grande rilievo alla rete universitaria del *settlement movement*, nella quale si formarono molti dei protagonisti della nuova *social policy*.

⁽³³⁾ HOBHOUSE, *Liberalism*, cit., p. 56.

⁽³⁴⁾ Ivi, pp. 56-57.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 159.

⁽³⁶⁾ Così J.A. HOBSON, *The Crisis of Liberalism* (1909), Brighton, Harvester Press, 1974, p. 3. Continua Hobson: «the experience of our liberal government has forced upon us an era of constitutional reform» (p. 6). Sulla sua filosofia sociale si rimanda all'analisi di D. WEINSTEIN, *Utilitarianism and the New Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 164-194.

vement is most succinctly expressed is equality of opportunities»⁽³⁷⁾. Come aveva già notato Hobhouse nella sua *Democracy and Reaction*⁽³⁸⁾, era offerta la legittimazione teorica affinché tra libertà e uguaglianza potessero sussistere, nella comune necessità di valorizzare la partecipazione democratica e di incentivare assetti solidali, rapporti di biunivoca interazione e forme di reciproca convergenza. Non sorprende che Hobson parlasse esplicitamente di «Socialism in Liberalism»⁽³⁹⁾, mostrando pertanto la tendenza del nuovo liberalismo ad acquisire gli obiettivi socializzanti tipici del dirigismo collettivista⁽⁴⁰⁾. Lo strumento della mediazione fra i nuovi diritti sociali e le antiche libertà era rinvenibile, in sintesi, nel principio della *equality of opportunity*, cui ora pareva rifarsi, con un movimento speculare e apparentemente simmetrico a quello del liberalismo, anche gran parte del socialismo britannico. Come segno tangibile di tale simmetria, il socialismo d'oltremania sarebbe divenuto moderato, ossequioso della Costituzione storica e del *Rule of Law*, nonché avulso da ogni tentazione marxista: essenzialmente, un «socialismo liberale»⁽⁴¹⁾.

Risulta in questo senso fondamentale — anche per la sua rilevante influenza sulla futura dottrina laburista⁽⁴²⁾ — il contributo della *Fabian Society*. La graduale e progressiva estensione dei diritti sociali all'interno del sistema costituzionale sembrava concretizzare l'animo tipico del socialismo fabiano dei coniugi Webb: l'azione sociale dello

⁽³⁷⁾ J.A. HOBSON, *The Crisis of Liberalism*, cit., p. 97, all'interno del capitolo dedicato alla «equality of opportunity» (pp. 96-113).

⁽³⁸⁾ L.T. HOBHOUSE già dalla *Democracy and Reaction* (1904), New York, Putnam, 1905, aveva percepito un rapporto di continuazione evolutiva fra «Liberalism and Socialism» (pp. 209-244).

⁽³⁹⁾ HOBSON, *The Crisis of Liberalism*, cit., pp. 133-138.

⁽⁴⁰⁾ «This equal opportunity of self-development and social aid, so as to live a good and happy life, is practicable Socialism». Ivi, p. 172. Di rilievo l'analisi di M. FREEDEN, *The New Liberalism: An Ideology of Social Reform*, Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 25-75.

⁽⁴¹⁾ HOBHOUSE, *Liberalism*, cit., p. 164. Ispirandosi all'esempio inglese, scrive Carlo Rosselli nella sua opera celebre: «liberalismo e socialismo, ben lungi dall'oporsi, secondo quanto voleva una vieta polemica, sono legati da un intimo rapporto di connessione. Il liberalismo è la forza ispiratrice, il socialismo la forza pratica realizzatrice». C. ROSELLI, *Socialismo liberale* (1930), Torino, Einaudi, 1979, p. 92.

⁽⁴²⁾ In particolare, si fa riferimento al manifesto *Labour and the New Social Order. A Report on Reconstruction*, London, Labour Party, 1918, redatto da Sidney Webb e destinato a caratterizzare la politica del *Labour* fino al secondo dopoguerra. Sul punto, C. PALAZZOLO, *Dal fabianesimo al neofabianesimo. Itinerario di storia della cultura socialista britannica*, Torino, Giappichelli, 1999, in particolar modo, pp. 167-200.

Stato — come esposto da Sidney Webb nei *Fabian Essays* — non avrebbe avuto ambizioni totalizzanti, si sarebbe mossa nella direzione collettivista tramite un processo evolutivo al tempo già percepibile, spontaneo, graduale, tramite una strategia persuasiva rispondente a quel celebre ‘temporeggiare’ da cui i fabiani prendevano il nome⁽⁴³⁾. Assieme all’abiura del socialismo rivoluzionario, emergono allora le peculiarità dei *Fabians*: le chiacchiere nel salotto di casa Webb, tra le più autorevoli personalità istituzionali della politica inglese, appaiono opposte alle dinamiche continentali che relegavano le istanze socialiste a pressioni estranee al gioco costituzionale⁽⁴⁴⁾.

Le radici del moderatismo degli Webbs risiedono invero su dinamiche più profonde delle agiatezze del loro salotto o di maniere poco propense alla riscossa violenta; debbono piuttosto essere ricercate nel dialogo con la tradizione *Whig*, merito del liberalismo sociale avviato da Mill, dal quale il socialismo fabiano ereditava le critiche al marxismo e gran parte dell’impronta democratica⁽⁴⁵⁾. Di qui l’accettazione del motto utilitaristico della ‘massima felicità per il maggior numero’, dogma benthamiano rielaborato da Mill all’insegna di una dimensione etica collettiva; di qui anche il riconoscimento della direttrice gree-niana della libertà positiva, in quanto compatibile, per il tramite di una collaborativa partecipazione ai processi di governo, con il progetto fabiano di una progressiva trasformazione in senso socialista delle istituzioni politiche e amministrative esistenti. E detto dialogo andava ulteriormente consolidandosi nei dibattiti della *London School of Economics* (LSE) circa il principio del *national minimum*⁽⁴⁶⁾; prin-

(43) «La grande corrente che nel corso degli ultimi cent’anni ha portato la società europea verso il socialismo è l’avanzata irresistibile della democrazia». E ancora: «i fautori della ricostruzione sociale hanno imparato la lezione della democrazia, e sanno che la riorganizzazione sociale si realizza a poco a poco indirizzando lentamente e gradualmente il modo di pensare della gente verso i nuovi principi». S. WEBB, *The Basis of Socialism. Historic* (1889), in *Fabian Essays in Socialism*, B. Shaw et al. (ed.), trad. it. *Saggi fabiani*, Roma, Editori Riuniti, 1990, pp. 33-61. Le citazioni sono a pp. 36-37 *passim*. Similmente, S. WEBB, *Facts for Socialists. From the Political Economists and Statisticians*, in *Fabian Tract*, no. 5, London, Fabian Society, 1899, p. 18, evidenzia con entusiasmo «some steps already taken towards Socialism».

(44) Si trae spunto dal lavoro biografico di L. MARROCU, *Il salotto della signora Webb. Una donna nel socialismo inglese*, Roma, Editori Riuniti, 1992.

(45) Tale interpretazione è offerta da FROSINI, *La ragione dello Stato*, cit., pp. 124-125.

(46) «La comunità deve, nel proprio interesse, imporre un minimo nazionale di istruzione, misure sanitarie, riposo e salario»: il principio del *national minimum*, assenza della filosofia sociale degli Webbs ed espressione dell’indirizzo della LSE sin dalla fondazione nel 1895, è esplicitato in B. WEBB, S. WEBB, *Industrial Democracy*

cipio che, mirando a stabilire livelli minimi di assistenza e *standards* nazionali di benessere sociale, in seguito influenzerà anche la filosofia del Beveridge chiamato a dirigere la Scuola per quasi tutto il periodo fra le due guerre. Punto di riferimento scientifico e tempio ideologico del socialismo fabiano, la LSE, nel marcare la necessità pratica di una moltiplicazione amministrativa dei servizi come mezzo dell'interazione fra diritti sociali e libertà democratiche, fornì la base programmatica su cui far convergere fabiani e *New Liberals*.

Erano dunque poste le condizioni affinché le prestazioni sociali divenissero, tanto per i *New Liberals* che per i *Fabians*, il contrassegno di una graduale trasformazione in senso sociale dell'ordinamento, nel rispetto delle libertà democratiche e delle garanzie del *Rule of Law*. Per entrambi, la legislazione sociale, simbolo dell'orizzonte progressista dei diritti, avrebbe prodotto un migliore esercizio delle libertà⁽⁴⁷⁾. I diritti sociali garantiti dalle nuove riforme, in quanto espressione di una tendenziale compatibilità con le 'libertà degli inglesi', potevano proporsi come l'impronta della continuazione della tradizione *Whig*, si presentavano cioè come l'ultima tappa del lungo incedere dei diritti civili e politici, secondo quel secolare processo di democratizzazione venerato assieme al mito della Costituzione storica.

Ebbene, l'affermazione legislativa della nuova dottrina *New Liberal* fu favorita dal dialogo con il mondo fabiano e con la nascente formazione laburista⁽⁴⁸⁾. Cuspide della convergenza fra il liberalismo e il socialismo, detto dialogo risulta confermato da un dato fattuale: il patto elettorale *Lib-Lab*, sperimentato con successo proprio alle elezioni del 1906, segnava il formale atto di nascita del *Labour Party* e induceva i suoi membri ad una collaborazione parlamentare con i *Liberals*, decisiva, oltretutto, per l'approvazione di molte delle riforme sociali del periodo. Durante il primo anno di governo, ne è immediata riprova, oltre all'estensione alle malattie professionali del sistema assicurativo contro gli infortuni del *Workmen's Compensation Act*⁽⁴⁹⁾,

(1897), trad. it. *Democrazia industriale: antologia degli scritti*, Roma, Ediesse, 1984, p. 244 e ss. La citazione è a p. 265.

(47) Sul punto, M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford, University Press, 1992, pp. 105-125.

(48) Centrale l'opera di A. MCBRIAR, *Fabian Socialism and English Politics, 1884-1918*, Cambridge, University Press, 1962, che analizza l'influenza fabiana tanto sul *Liberal* che sul nuovo *Labour Party* (pp. 257-279 e pp. 339-349). Si veda anche M. SULLIVAN, *The Development of the British Welfare State*, London, Prentice Hall/Harvester Wheatsheaf, 1996, pp. 3-19.

(49) L'*Act* del 1897 istituiva, nell'ambito di alcune attività industriali, un regime di responsabilità quasi-oggettiva del datore per gli infortuni sul lavoro. Potendosi eso-

il *Trade Disputes Act* che, asserita reazione alla sentenza *Taff Vale* ⁽⁵⁰⁾, garantiva la non punibilità per illeciti civili o penali commessi senza violenza nell'esercizio di una protesta sindacale. E l'acme della mediazione culturale tra il nuovo liberalismo e il neonato laburismo si manifesterà allorché il *Trade Union Act* del 1913, ribaltando l'*Osborne judgment* ⁽⁵¹⁾, stabilirà, a tutto vantaggio del *Labour*, che i contributi per l'iscrizione alle *unions* avrebbero potuto automaticamente finanziare i partiti ⁽⁵²⁾.

Per descrivere come le idee del nuovo liberalismo si siano affermate come « counter-elite », Cooper riassume tali mediazioni avvalendosi di una più ampia qualificazione « sociological » ⁽⁵³⁾, da intendere come una rete circolante, di cui uno dei poli gravitazionali era la LSE, in grado di legare, sospinta anche dai *surveys* di Booth e Rowntree sugli scioccanti livelli di povertà ⁽⁵⁴⁾, associazioni mutualistiche, *civil servants* e animi distinti, tutti accomunati dalla lotta contro il bisogno. Di qui l'accento riposto sull'azione di movimenti che, dall'agitazione delle *suffragettes* alle pressioni della chiesa anglicana e dei *land reformers*, insistevano nei primi anni del Novecento per la diffusione delle prestazioni sociali ⁽⁵⁵⁾. Non meno vero è che la *British Welfare Revolution* andasse consumandosi anche a causa di una cesura 'generazionale', ben visibile nella vivacità della legislazione del churchilliano *Board of Trade* e nell'apporto di Beveridge alla predisposizione dello schema assicurativo, a sua volta ispirato dall'azione di Lloyd George, ben noto per il propagandismo dei metodi e il decisionismo delle azioni. Non stupisce allora che la « battaglia delle assicurazioni sociali » fu vinta,

nerare solo in caso di grave negligenza del lavoratore, gli imprenditori furono costretti a sottoscrivere sistemi assicurativi privati che, anche grazie alla generalizzazione del principio e l'ampliamento della responsabilità a tutte le malattie professionali degli operai stabilita dal *Workmen's Compensation Act* del 1906, assunsero sostanzialmente un carattere obbligatorio. Un fondamentale riferimento sull'importanza della riforma si trova nelle prime pagine del piano di BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services*, cit., p. 8, par. 2.

⁽⁵⁰⁾ *Taff Vale Railway Co v. Amalgamated Society of Railway Servants* [1901] A.C. 426 aveva dichiarato le *unions* responsabili per i mancati guadagni imprenditoriali dovuti alle proteste sindacali.

⁽⁵¹⁾ *Amalgamated Society of Railway Servants v. Osborne* [1910] A.C. 87.

⁽⁵²⁾ Sull'evoluzione del diritto del lavoro britannico, D. BRODIE, *A History of British Labour Law. 1867-1945*, Oxford-Portland, Hart, 2003, pp. 63-117.

⁽⁵³⁾ COOPER, p. 23.

⁽⁵⁴⁾ A partire dal 1889, Booth pubblica i diciassette volumi di *Life and Labour of the People*, la cui eredità verrà ripresa dal primo *survey* di B. S. ROWNTREE, *Poverty: A Study of Town Life* (1901), London, Macmillan, 1903.

⁽⁵⁵⁾ COOPER, pp. 28-38.

nel 1911, al termine di una feroce crisi costituzionale con i *Lords*, conclusasi solo con la riforma del *Parliament Act* di quell'anno.

3. *L'impatto della moltiplicazione dei servizi sociali: tendenze redistributive e direttrici amministrative.*

Il *National Insurance Act*, come è noto, fu il risultato del dibattito in seno alla *Royal Commission on the Poor Laws*, i cui studi furono rimangiati da Lloyd George per predisporre l'assicurazione contro la malattia e la disoccupazione. Incaricata di elaborare progetti di riforma del meccanismo assistenziale del 1834 e vantando la partecipazione di grandi esperti della politica sociale britannica, la *Royal Commission*, nominata il 4 dicembre 1905, costituì il preludio della caduta del governo Balfour e della vittoria liberale alle successive elezioni⁽⁵⁶⁾.

Due erano le impellenze che costrinsero i *Tories* a convocare la commissione e che, in seguito, sarebbero state l'oggetto delle due parti del *National Insurance Act*. La prima, sanitaria, proveniva dal *The Inter-Departmental Committee on Physical Deterioration*⁽⁵⁷⁾ del 1904, che aveva attestato una preoccupante inidoneità fisica dell'esercito nella guerra anglo-boera, in larga parte dovuta all'assenza di adeguate cure mediche; la seconda, occupazionale, derivava dalle crescenti proteste sospinte dalla disoccupazione, che avevano già condotto all'approvazione dell'*Unemployment Workmen Act* del 1905, predisposto come misura temporanea che permetteva alle autorità locali di stabilire un contributo economico per assicurare i lavoratori maggiormente soggetti alla disoccupazione ciclica dei nuovi settori industriali⁽⁵⁸⁾. La *Poor Law*, insomma, appariva inefficiente e antiquata

⁽⁵⁶⁾ La commissione, presieduta da Lord George Hamilton, vantava la partecipazione di Booth, Beatrice Webb, di esperti della *Charity Organization Society* e dell'amministrazione locale della *Poor Law*, del futuro presidente del partito laburista George Lansbury e di Helen Bosanquet, moglie del filosofo Bernard, già allievo di Green. Ivi, pp. 105-107. Sui membri della *Royal Commission* anche T. HORTON, *A Short Guide to Minority Report*, in *From the Workhouse to Welfare*, London, Fabian Society, 2009, pp. 9-20.

⁽⁵⁷⁾ *Report of the Inter-departmental Committee on Physical Deterioration* [Cd. 2175], 1904.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. THANE, *Foundations of the Welfare State*, cit., pp. 67-69. In realtà, a partire da alcuni *orders* di metà Ottocento, erano state ammesse deroghe al divieto di concedere benefici monetari a vantaggio dei familiari del recluso nelle *workhouses*, in caso di lavoro all'esterno di tali strutture sotto la direzione dei *poor law guardians* e per ipotesi di '*sudden and urgent necessity*'. Con la c.d. circolare Chamberlain del 1886, secondo una regola che fece scuola nei successivi anni, si era poi permesso alle autorità locali di organizzare lavori di pubblica utilità per sopperire alla disoccupa-

rispetto ai modelli assicurativi obbligatori basati sul principio contributivo di stampo bismarckiano⁽⁵⁹⁾.

Se le esigenze di riforma erano adeguatamente condivise, al termine dei lunghi e dettagliati lavori della *Royal Commission* nel 1909, furono prodotti due rapporti contrapposti⁽⁶⁰⁾. Avverso al rapporto di maggioranza, più aderente ai valori del libero mutualismo, il *Minority Report*, fra i cui estensori spiccava Beatrice Webb, proponeva, impreso dal contributo tecnico del giovane Beveridge, un *Break-up of the Poor Law*⁽⁶¹⁾, suggeriva cioè lo smantellamento dell'assistenza sociale allora vigente attraverso un capillare accentramento amministrativo, un'azione burocratica nella politica dell'impiego e l'embrione di un servizio sanitario nazionale⁽⁶²⁾. Il divario fra i due rapporti non deve però essere enfatizzato: sarebbe errato — come sovente accaduto — qualificare il rapporto di maggioranza come giuridicamente reazionario, a dispetto dei fasti del progresso sbandierati da Beatrice Webb⁽⁶³⁾. È semmai vero che entrambe le proposte erano concordi sull'urgenza di superare lo stigma associato all'assistenza, distinguendosi piuttosto in merito alla volontà del rapporto di maggioranza di non ostacolare, per colpa di servizi sociali nazionali e burocratici, la filantropia e il pluralismo delle associazioni mutualistiche (*friendly societies*)⁽⁶⁴⁾. Solo così è possibile cogliere un generale mutamento del

zione. La migliore sintesi è ancora quella di W.H. BEVERIDGE, *Unemployment: A Problem of Industry*, London, Longmans, 1909, pp. 150-157.

(59) Sulla diffusione europea delle assicurazioni sociali, P. FLORA, J. ALBER, *Sviluppo dei "welfare states" e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale*, in *Lo sviluppo del Welfare state in Europa e in America*, a cura di P. Flora, A.J. Heidenheimer, Bologna, il Mulino, 1986, pp. 167-205.

(60) Presentati con documento ufficiale *Report of Royal Commission on the Poor Laws and the Relief of Distress* [Cd. 4499], 1909.

(61) Come da titolo della prima parte del *Report*, che contiene tutte le proposte assistenziali diverse da quelle relative alla disoccupazione. Il testo fu subito ristampato in edizione economica, *The Minority Report of the Poor Law Commission*, The National Committee to Promote the Break-up of the Poor Law, London, 1909.

(62) Cfr. COOPER, pp. 105-119. Circa l'avanguardismo dei servizi sociali accentrati del *Minority Report*, N. BOSANQUET, *In Praise of the Minority Report*, in *From the Workhouse to Welfare*, cit., pp. 71-76.

(63) Come potrebbe erroneamente suggerire l'appassionante scontro fra Mrs. Bosanquet e Mrs. Webb, rispettivamente a capo della campagna per la recezione del *Majority* e del *Minority Report*. Sulla questione, J. HARRIS, *The Webbs and Beveridge*, in *From the Workhouse to Welfare*, cit., pp. 55-64.

(64) Sul mutualismo resta fondamentale il contributo di W.H. BEVERIDGE, *Voluntary Action* (1948), trad. it. *L'azione volontaria*, Milano, Edizioni di Comunità, 1954, pp. 267-287, dove l'economista ripercorre la straordinaria diffusione delle asso-

pensiero giuridico in materia di prestazioni sociali, consistente nel ribaltamento della concezione colpevolistica della povertà grazie al riconoscimento di diritti propriamente intesi, in quanto il loro esercizio non risultava più condizionato alla perdita dei diritti civili — a causa dell'internamento nelle *workhouses* — e dei diritti politici — tramite la perdita del diritto di voto. Di qui il definitivo cedimento dell'individualismo benthamiano che aveva a lungo caratterizzato l'azione amministrativa e sociale britannica.

È questo il tema principale della diceyana *Law and Public Opinion*: Albert Venn Dicey percepiva nel 1905 la parabola ottocentesca del « periodo del benthamismo o dell'individualismo »⁽⁶⁵⁾ che, dall'ascesa nella prima parte del secolo, conosceva, spodestato dal « collettivismo »⁽⁶⁶⁾ della legislazione degli ultimi decenni, un'inesorabile decadenza. « La forza di tale tendenza — precisa Dicey — emerge al meglio se si mettono a confronto o in contrasto le idee che produssero o caratterizzarono la riforma della legislazione sui poveri del 1834, e le idee che nel 1905 hanno già in qualche misura modificato le leggi e l'amministrazione dell'assistenza »⁽⁶⁷⁾. I progetti di riforma sociale, ribadisce, « possiedono alcune caratteristiche in comune: tentano tutti di fare in modo che la condizione di chi riceve l'assistenza venga esentata dai costi rappresentati dal discredito e dalle incapacità ancora associate al pauperismo fino a oggi »⁽⁶⁸⁾. La crisi della *Poor Law* si manifestava infatti in parallelo al convincimento che la disoccupa-

zioni mutualistiche nella seconda metà dell'Ottocento. Si veda inoltre G. FINLAYSON, *Citizen, State, and Social Welfare in Britain 1830-1990*, New York, Oxford University Press, 1994, pp. 138-163.

⁽⁶⁵⁾ A.V. DICEY, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century* (1905), trad. it. *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, Bologna, il Mulino, 1997, nella lezione sesta (pp. 171-236) che è la vera protagonista del libro.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, lezione ottava, « il periodo del collettivismo », pp. 275-310. Già dalle ultimi decenni del secolo XIX, si assisteva difatti a un maggiore impegno dello Stato nel campo dell'istruzione tramite i vari *Education Acts* che corrono dal 1870 al 1902, così come a interferenze della libertà contrattuale attraverso la legislazione industriale e il modello assicurativo contro gli infortuni sul lavoro del *Workmen's Compensation Act*, il quale a Dicey sembrava rivelare « tutti i tratti caratteristici del collettivismo » (p. 295). Sul sistema scolastico G.F. FERRARI, *Autorità locali e governo centrale nell'amministrazione della scuola in Inghilterra*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1975, in particolare, pp. 1806-1816. Sullo sviluppo della legislazione del lavoro nella prospettiva diceyana è indispensabile BRIGGS, *The Welfare State in Historical Perspective*, cit., pp. 221-250.

⁽⁶⁷⁾ DICEY, *Lectures*, cit., p. 302.

⁽⁶⁸⁾ Ivi, p. 305.

zione fosse un fenomeno involontario e indipendente dalle qualità individuali: tra i «fanatici, impressionati dal fatto che la povertà può coesistere con il merito»⁽⁶⁹⁾, una posizione di assoluto rilievo spetta tanto a Hobson, secondo cui «the main cause of poverty is inequality of opportunity»⁽⁷⁰⁾, che al Beveridge dell'*Unemployment: A Problem of Industry*.

Nel 1909, accertato il ribaltamento dei principi della *Poor Law*⁽⁷¹⁾, per Beveridge era chiaro che la povertà dipendesse in gran parte dalla disoccupazione e che questa fosse un problema intrinseco al sistema industriale, come tale collettivo, estraneo da colpe o inettitudini individuali: «unemployment lying outside the character and beyond the control of individuals»⁽⁷²⁾. Il problema era da risolvere — con nette influenze derivanti dalla collaborazione con gli Webbs per il *Minority Report* — tramite un ingente intervento dello Stato nell'organizzazione industriale e l'introduzione del sistema di coordinamento nazionale dei *Labour Exchanges*, associato alla predisposizione di una *Unemployment Insurance*⁽⁷³⁾.

In attesa dei risultati della *Royal Commission*, l'azione riformista si concentrò nondimeno sulle impellenze evidenziate dal *Committee on Physical Deterioration*, che imponevano di vigilare contro la malattia e la denutrizione delle nuove leve militari. Opportunamente, quindi, Cooper muove dalle misure per il sostegno e l'assistenza dei minori, primo atto in ordine cronologico della nuova legislazione sociale, se si eccettuano i citati provvedimenti relativi alla tutela dell'azione sindacale e all'estensione del sistema assicurativo contro gli infortuni sul lavoro⁽⁷⁴⁾. L'*Education (Provision of Meals) Act* del 1906, con la medesima *permissive legislation* sperimentata per la disoccupazione, concedeva alle autorità locali di istituire un contributo per distribuire pasti scolastici agli alunni indigenti senza alcun discredito legislativo per i genitori, non più colpevoli, dunque, per la povertà e denutrizione dei figli; previsione poi resa obbligatoria con le modifiche intervenute nel 1914. Sempre attraverso i governi territoriali, l'*Education (Administrative Provisions) Act* del 1907 prevedeva con-

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁰⁾ HOBSON, *The Crisis of Liberalism*, cit., p. 164.

⁽⁷¹⁾ Per BEVERIDGE, *Unemployment*, cit., p. 2, era ormai certificata una tendenza che «reversed the principles of 1834 and enshrined in the statute book the policy of relieving the unemployed without the disqualifications of the Poor Law».

⁽⁷²⁾ Ivi, p. 133. E ancora: «the problem is essentially one of business organisation» (p. 193).

⁽⁷³⁾ Tali proposte sono avanzate come «principles of future policy». Ivi, pp. 192-237.

⁽⁷⁴⁾ Circa il «child welfare», COOPER, pp. 39-60.

trolli medici nelle scuole primarie per vagliare e assicurare la condizione fisica degli studenti, il cui trattamento sanitario veniva per la prima volta predisposto attraverso una strutturazione amministrativa estranea al *poor law code* ⁽⁷⁵⁾.

Il passaggio dal tracollo del monopolio della *Poor Law* (1906-8) alla fase della costruzione dei servizi sociali (1908-11) coincise però con il ricambio ministeriale: Asquith, già allievo di Green in gioventù, passò dal tesoro al numero dieci, Lloyd George gli subentrò come Cancelliere dello Scacchiere, liberando il commercio per Churchill. A rompere gli indugi, ponendo fine ad un decennale dibattito in materia, fu la riforma dell'*Old Age Pensions Act* del 1908 ⁽⁷⁶⁾. La pensione, che riguardava gli ultrasessantenni a basso reddito ed era fondata su un meccanismo non contributivo finanziato attraverso la fiscalità generale ⁽⁷⁷⁾, costituiva un'innovazione determinante: garantiva una somma in denaro la cui concessione era stata di regola negata dal 1834, in aggiunta all'impegno nazionale di tutti gli uffici postali del Regno ad elargire il beneficio indipendentemente dai governi municipali e dallo *status* occupazionale del richiedente. A Lloyd George era chiaro che la *Old Age Pension* doveva intervenire in favore di una fascia di popolazione troppo fiera per portare il marchio del pauperismo ⁽⁷⁸⁾. Non è un caso, pertanto, che le prime parole dell'*Act* stabilissero: «la fruizione della pensione sociale, in base alla presente legge, non priva il beneficiario di alcun potere di voto, diritto o privilegio, né lo rende oggetto a incapacità di sorta» ⁽⁷⁹⁾. Risultava nondimeno una pensione fortemente selettiva anche a causa della previ-

⁽⁷⁵⁾ Occorre ricordare che anche l'assistenza sanitaria era intimamente legata alla *Poor Law* e, in particolare, ai suoi *hospitals*. Le tecniche di ospedalizzazione erano però ancora marginali alla luce delle cure al tempo disponibili. La medicina generale, gestita dalle *friendly societies* e dai medici loro affiliati, costituiva pertanto la parte più importante dell'assistenza. Cfr. M. PACI, *Pubblico e privato nei moderni sistemi di Welfare*, Napoli, Liguori, 1989, pp. 40-43.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. P. THANE, *Non-contributory Versus Insurance Pensions 1878-1908*, in *The Origins of British Social Policy*, cit., pp. 84-105.

⁽⁷⁷⁾ Il «right to receive old age pension» di cui al primo articolo dell'*Act* era limitato, secondo la *schedule* allegata, all'importo di cinque scellini per i redditi familiari inferiori alle ventuno sterline annuali, per poi diminuire progressivamente fino a un minimo di uno scellino per i redditi non superiori alle trentuno sterline.

⁽⁷⁸⁾ «Poverty is due to circumstances over which the man has no control, then state should step in to the very utmost limit of its circumstances, and save the man from the physical and mental torture involved in extreme penury». Così, D. LLOYD GEORGE, *Speech at Swansea, 1st October 1908*, in J.R. Hay, *The Development of the British Welfare State, 1880-1975*, London, Arnold, 1978, p. 73.

⁽⁷⁹⁾ Nell'introduzione alla seconda edizione del 1914, DICEY, *Lectures*, cit.,

sione di molte cause di esclusione dal beneficio per comportamenti illeciti, la cui natura era talvolta da accertarsi discrezionalmente. Di qui la critica del gruppo laburista secondo il quale, in definitiva, si trattava di una pensione per i 'molto anziani, molto poveri e molto rispettabili' ⁽⁸⁰⁾.

Nella nuova pensione, ciononostante, potevano legittimamente intravedersi i primordi del principio del *national minimum* caro agli Webbs. Un livello essenziale di protezione sociale nazionale andava inoltre insinuandosi anche nei propositi churchilliani: con il *Trade Boards Act* del 1909 Churchill, persuaso dalle proposte di Rowntree, Hobson e degli Webbs, istituì un minimo salariale per alcune categorie non sindacalizzate e generalmente sottopagate. L'innovazione sembrava davvero guastare l'apologia del *laissez-faire* che, nella ferrea convinzione della capacità del mercato di auto-regolarsi, aveva fino allora inibito ogni interferenza statale in materia economica ⁽⁸¹⁾.

Ne è la riprova, merito della collaborazione con Beveridge e dei suggerimenti pubblicati nel suo *Unemployment*, la concomitante approvazione del *Labour Exchanges Act*; istituendo un centro per l'impiego per ogni distretto, la portata del provvedimento fu tanto vasta che al 1914, quando l'assicurazione contro la disoccupazione era completamente operativa, i *Labour Exchanges* registravano più di due milioni di lavoratori all'anno ⁽⁸²⁾. Con l'incrinatura dei dogmi dell'economia auto-regolata era aperta la strada per una progressiva ingerenza amministrativa nella vita economica, si poneva altresì l'esigenza di reperire le risorse per finanziare le nuove prestazioni sociali. All'interferenza amministrativa doveva necessariamente seguire una redistribuzione della ricchezza che, nei giudizi di alcuni *New Liberals*, avrebbe financo potuto configurare il volano per una rinnovata prosperità eco-

p. 22, citando detta disposizione, critica aspramente la rimozione delle limitazioni fino ad allora associate all'assistenza.

⁽⁸⁰⁾ Nella specie, come elencato nella *section 3* del provvedimento, non aver subito commesso reati con pena della detenzione, non aver commesso illeciti per ubriachezza, non essere stati dichiarati falliti abituali nel lavoro, categoria questa la cui definizione fu lasciata alla discrezionalità dei funzionari amministrativi. Sulla *Old Age Pension*, COOPER, pp. 61-77. Qui, in particolare, pp. 74-76.

⁽⁸¹⁾ *Section 1*. Sul punto, *ivi*, pp. 99-103 e 266-276. Si noti che con il *Coal Mines (Minimum Wage) Act* del 1912 un minimo salariale fu stabilito anche per i minatori.

⁽⁸²⁾ L'organizzazione dei *Labour Exchanges* fu in parte facilitata dall'esperienza dei centri per l'impiego delle autorità locali, sorti grazie all'*Unemployment Act* del 1905, che venivano ora posti sotto il coordinamento nazionale. Cfr. J.A. CHANDLER, *Explaining Local Government. Local Government in Britain since 1800*, Manchester, Manchester University Press, 2007, pp. 121-123.

nomica⁽⁸³⁾. Con note che sembrano anticipare i cardini della futura filosofia keynesiana, è nuovamente Hobson a offrirne la migliore sintesi: «once realized, this condition brings not only a better distribution of existing wealth, but a prodigious increase of national productivity»⁽⁸⁴⁾.

La vocazione redistributiva era — sia pure con più modeste ambizioni — condivisa anche dall'indirizzo di governo, impaziente di reperire le risorse per finanziare le riforme sociali in cantiere. Se nel bilancio del 1907 Asquith aveva introdotto la distinzione fra reddito e rendita, diminuendo il prelievo fiscale sul primo⁽⁸⁵⁾, il *People's Budget* di Lloyd George, approvato con il *Finance Act* del 1910, incrementava sensibilmente i livelli di imposizione sulle classi sociali più agiate, colpendo in particolar modo i privilegi dell'aristocrazia terriera⁽⁸⁶⁾. La crisi costituzionale era aperta. I *Lords* facevano leva su una presunta incostituzionalità del bilancio dovuta all'impossibilità di associare a una legge finanziaria radicali cambiamenti istituzionali. Dopo le due vane tornate elettorali del 1910 e l'intervento del nuovo monarca Giorgio V, la crisi si risolse solamente con l'approvazione del *Parliament Act*⁽⁸⁷⁾: con uno *statute* ai *Lords* era proibito di respingere una

(83) L'origine dottrinale di tale esigenza deve molto all'economista L.G. CHIOZZA MONEY e al suo *Riches and Poverty*, London, Methuen, 1905, il quale, dopo aver attestato «the error of distribution» (pp. 3-152), evidenzia le inefficienze della gestione del sistema sociale, in particolare sostenendo il principio della progressività fiscale tramite una «popular income tax» (pp. 282-305).

(84) HOBSON, *The Crisis of Liberalism*, cit., p. 174.

(85) COOPER, pp. 121-132 vi si sofferma in modo specifico.

(86) Il bilancio fu strenuamente difeso da J.A. HOBSON, *The Industrial System. An Inquiry into Earned and Unearned Income* (1909), London, Routledge, 1992, in particolare nel capitolo *Socialism and the Social Income*, nel quale si accentua il compito dello Stato di redistribuire la ricchezza, attraverso la tassazione progressiva, per stimolare la crescita e finanziare la protezione sociale (pp. 218-246). Nella specie, il *Finance Act* incrementava le imposte di successione, l'imposizione generale sui redditi e sulle rendite delle terre non coltivate, istituiva una tassa sui beni di lusso, uno sgravio fiscale per ogni figlio a carico per i redditi inferiori a cinquecento sterline annue, una *super-tax* per quelli superiori a cinquemila (qui, soprattutto, *sections* 65-72). Cfr. COOPER, pp. 133-150.

(87) L'ostruzionismo della *House of Lords* si era invero manifestato dalle prime riforme scolastiche ed era già stato riassunto dalla memorabile metafora di Lloyd George del 1907: «la Camera dei *Lords* ha cessato da tempo di essere il cane da guardia della Costituzione. Si è trasformata nel barboncino di Mr. Balfour». Brillante la sintesi di E.J. FEUCHTWANGER, *Democracy and Empire: Britain, 1865-1914*, trad. it. *Democrazia e Impero. L'Inghilterra fra il 1865 e il 1914*, Bologna, il Mulino, 1989, pp. 331-366. La citazione è a p. 337.

legge finanziaria, veniva definitivamente consolidata l'egemonia legislativa della *House of Commons* e, con essa, il proseguimento di un'evoluzione costituzionale del modello parlamentare verso la democrazia di massa⁽⁸⁸⁾.

La soluzione della crisi a discapito dei poteri dei *Lords* permise al *National Insurance Act* di avvalersi di un sistema di finanziamento caratterizzato da un'analogia strategica redistributiva. Più che nell'uguaglianza contributiva (*flat-rate*), la quale prescriveva il medesimo importo di contributi per redditi diversi, gli effetti redistributivi erano rinvenibili nel carattere tripartito del finanziamento dello schema assicurativo che, tanto per la *National Health* che per la *Unemployment Insurance*, prevedeva la partecipazione di imprenditori, lavoratori e Stato, assegnando a quest'ultimo il compito di allocare e dirigere le ingenti risorse necessarie all'equilibrio del sistema⁽⁸⁹⁾. In questo senso, il *Minority Report*, i cui suggerimenti venivano disattesi nel tentativo di rifuggire da soluzioni eccessivamente gravose per l'apparato burocratico, tracciava comunque una direttrice che illuminava circa la cogenza dei nuovi propositi dirigisti e l'esigenza di un'amministrazione sociale nazionale e accentrata.

Contro la tradizione dei servizi municipali, il carattere nazionale dell'assicurazione sociale manifestava inedite mire accentratrici, visibili anche in ordine alla selezione e al controllo delle *approved societies*; associazioni private, responsabili della raccolta dei contributi e dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, così definite perché convenzionate con il sistema pubblico⁽⁹⁰⁾. Al suo carattere obbligatorio, che ul-

⁽⁸⁸⁾ Ne dà conto, con crescente preoccupazione, A.V. DICEY, *The Parliament Act, 1911, and the Destruction of All Constitutional Safeguards*, in *Rights of Citizenship. A Survey of Safeguards for the People*, London, Frederick Warne, 1912, pp. 81-107. Sono inoltre fondamentali le considerazioni di W. MCKECHNIE, *The New Democracy and the Constitution* (1912), ed. dig., 2016, nel capitolo V, *The Theoretical Basis for Democracy*, nel quale si evidenzia come la propensione egualitaria del nuovo liberalismo rischi di compromettere le garanzie costituzionali. Sulle questioni a seguito del *People's Budget* anche C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 218-224.

⁽⁸⁹⁾ «Nine pence for four pence» era il motto coniato da Lloyd George per la *National Health Insurance*, in quanto al versamento del contributo assicurativo (9d) partecipavano il lavoratore (4d), l'imprenditore (3d) e lo Stato (2d). Sul sistema di finanziamento delle due parti dell'*Act*, rispettivamente, *sections* 3 e 85, si veda S. GIUBBONI, *Il finanziamento della sicurezza sociale in Gran Bretagna*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 1994, 1, pp. 110-118. Molto efficace la sintesi di GIROTTI, *Welfare state*, cit., pp. 165-171.

⁽⁹⁰⁾ Sulle *approved societies*, V. NAVARRO, *Class Struggle, the State and Medicine:*

timava il passaggio storico dalla *permissive* alla *compulsory legislation* ⁽⁹¹⁾, si accompagnava inoltre la legittimazione della competenza regolamentare per «tutti gli scopi» relativi al provvedimento ⁽⁹²⁾: «questo potere di emanare regolamenti — ricorda Dicey nella seconda edizione della *Law and Public Opinion* del 1914 — rappresenta probabilmente la delegazione di competenze più ampia mai conferita dal Parlamento a qualsiasi corpo di funzionari» ⁽⁹³⁾. Parimenti, andava configurandosi un sistema di risoluzione delle controversie in merito ai benefici assicurativi che viene sovente considerato l'origine dei moderni *tribunals*; termine che solo ora inizia a diffondersi attestando la definitiva separazione in seno alle strutture ministeriali fra funzioni amministrative e giudiziali ⁽⁹⁴⁾. Tali elementi costituiscono — ammette Dicey rivedendo le convinzioni espresse nel capitolo XII della *Law of the Constitution* ⁽⁹⁵⁾ — «una prova sufficiente di come l'*Insurance Act*

An Historical and Contemporary Analysis of the Medical Sector in Great Britain, New York, Prodist, 1978, pp. 3-13. Cfr. COOPER, pp. 215-240.

⁽⁹¹⁾ Sulle direttrici dell'obbligatorietà e dell'accენტramento amministrativo si sofferma felicemente G.F. FERRARI, *La sicurezza sociale in Gran Bretagna*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1981, pp. 945-953. Si noti che l'assicurazione sanitaria era obbligatoria (*sec. 1*) per tutti i lavoratori dipendenti oltre i sedici anni, con reddito annuo inferiore a 160 sterline; riguardava perciò più di dodici milioni di lavoratori.

⁽⁹²⁾ E ciò valeva tanto per la *National Insurance Commission* (*s. 65*) tanto per il *Board of Trade* (*s. 91*) a cui era rispettivamente affidata la gestione amministrativa dell'assicurazione sanitaria e di quella contro la disoccupazione.

⁽⁹³⁾ DICEY, *Lectures*, cit., p. 26.

⁽⁹⁴⁾ «Most of the administrative tribunals with which are familiar today are by-product of the welfare State, and trace their ancestry no further than 1911», rimarcano R.E. WRAITH, P.G. HUTCHESON, A. MACDONALD, *Administrative Tribunals*, London, G. Allen & Unwin, 1973, p. 17. Le funzioni di giustizia amministrativa erano affidate, per i benefici relativi alla parte sanitaria, alla *National Insurance Commission* e, relativamente alla disoccupazione, a un *insurance officer* la cui decisione era impugnabile a una *Court of Referees*, composta da un rappresentante degli imprenditori, da uno dei lavoratori e presieduta da un funzionario del *Board of Trade*. Sullo sviluppo dei *tribunals*, G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 38; C. STEBBINGS, *Legal foundation of the Tribunals in Nineteenth Century England*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 273-329; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 428-440.

⁽⁹⁵⁾ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 279-342.

crei in Inghilterra un sistema caratterizzato da una forte somiglianza con il diritto amministrativo francese»⁽⁹⁶⁾.

L'assicurazione contro la disoccupazione, oltretutto, gli sembrava riconoscere il *droit au travail* che, memoria della *Seconde République*, era ora approdato in Gran Bretagna e divenuto vessillo delle campagne laburiste⁽⁹⁷⁾. In effetti, ancorché solo in potenza e in modo non univoco, a partire dal 1911 sembrano databili i primordi di un'evoluzione delle tecniche di governo industriale abili nel fraporsi tra le organizzazioni di categoria dei lavoratori e delle imprese, secondo un tripartito amalgama rinvenibile nell'ingerenza statale nel mercato del lavoro tramite il finanziamento dello schema assicurativo, nonché nella lunga concertazione fra il governo, le *friendly societies* e la *British Medical Association* per l'approvazione della prima parte del *National Insurance Act*⁽⁹⁸⁾.

Come percepibile nella fase attuativa delle riforme (1911-1914), in sintesi, l'impatto della moltiplicazione dei servizi sociali nazionali, nella congiunta veste redistributiva e amministrativa, promuoveva una concezione completamente rinnovata dell'azione dello Stato: la *Old Age Pension*, i *Labour Exchanges*, l'*Unemployment Insurance* e la *National Health Insurance* implicavano un accrescimento senza precedenti delle amministrazioni centrali e un netto ampliamento dei loro apparati burocratici, determinavano un deciso aumento della spesa pubblica e un crescente impegno redistributivo dello Stato per finanziarla, producevano, contro molti dei principi del *laissez-faire*, una generale interferenza governativa nella vita economica e sociale del paese.

⁽⁹⁶⁾ DICEY, *Lectures*, cit., p. 28. Tali argomenti saranno subito ribaditi in ID., *The Development of Administrative Law in England*, in «Law Quarterly Review», XXXI (1915), p. 148 e ss. Cfr. S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in «Quaderni fiorentini», 19 (1990), pp. 5-82.

⁽⁹⁷⁾ DICEY, *Lectures*, cit., p. 25.

⁽⁹⁸⁾ Fondamentale in questo senso K. MIDDLEMAS, *Politics in Industrial Society. The Experience of British System since 1911*, London, A. Deutsch, 1979, pp. 27-67. Per una sintesi, A. BOOTH, *Corporatism, Capitalism and Depression in Twentieth-century Britain*, in «British Journal of Sociology», 33 (1982), in particolare, pp. 200-209 e J.R. HAY, *Employers' attitudes to social policy and concept of 'social control', 1900-1920*, in *The Origins of British Social Policy*, cit., pp. 107-122. Più in generale, sulle direttrici evolutive dell'amministrazione sociale, si rinvia a R.S.G. BROWN, D.R. STEEL, *The Administrative Process in Britain*, London-New York, Methuen, 1979, in particolare, pp. 21-27.

4. *Circa la cesura del riformismo New Liberal: i limiti di un approccio di social policy.*

Nel suo pregnante carattere descrittivo, l'immagine della *British Welfare Revolution* offerta da Cooper coglie la rilevanza delle novità introdotte, la carica polemica contro il vecchio, la propensione ad anticipare il nuovo. Pochi sono i dubbi circa la consapevolezza del riformismo *New Liberal* di aver avviato un percorso difficilmente reversibile. Scriveva Lloyd George mentre preparava lo schema assicurativo: «insurance necessarily a temporary expedient. At no distant date hope State will acknowledge full responsibility in the matter of making provision for sickness breakdown and unemployment»⁽⁹⁹⁾. La profezia sembrò puntualmente avverarsi, concretizzando i caratteri del nuovo *Social Service State*, con la proposta beveridgiana di trasformare la *National Health Insurance* nel *National Health Service* e creare una protezione sociale orientata al raggiungimento della keynesiana *Full Employment*⁽¹⁰⁰⁾. Pochi altresì i dubbi sul fatto che tale interpretazione sia ancora valida e ben resistente: spesso si ripete, soprattutto in merito alla assicurazione sanitaria, che «gli aspetti di centralizzazione e dirigismo — come anche di 'universalismo' — sono in tale legislazione già così netti da differenziarla dalla legislazione sociale introdotta trenta anni prima [...] da Bismarck e da preannunciare i successivi sviluppi del *Welfare State* di Keynes e di Lord Beveridge»⁽¹⁰¹⁾.

La realtà potrebbe risultare invero più articolata qualora si osservi il contesto entro il quale le riforme vennero varate, che, nella eccessiva mole di dati offerta da Cooper, rischia di non emergere con chiarezza. La *Strange Death of Liberal England* ne offre una rappresentazione paradigmatica: l'incandescenza della conflittualità sociale del periodo si sostanziava, oltre che nella crisi costituzionale con i *Lords*, nell'agitazione delle *suffragettes*, nella questione irlandese, nella triplice alleanza fra minatori, ferrovieri e lavoratori del settore dei trasporti, le cui proteste sindacali tra il 1910 e il 1914 furono spesso fe-

⁽⁹⁹⁾ Citato in T.H. MARSHALL, *The Welfare State: A Sociological Interpretation*, in «Archives européennes de sociologie», II (1961), p. 295.

⁽¹⁰⁰⁾ Oltre alla proposta di istituire un servizio sanitario nazionale (BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services*, cit., par. 407, p. 90 e ss.), si fa riferimento al suo 'secondo rapporto', W.H. BEVERIDGE, *Full Employment in a Free Society* (1944), trad. it. *Relazione su l'impiego integrale del lavoro in una società libera*, Torino, Einaudi, 1948.

⁽¹⁰¹⁾ Così, PACI, *Pubblico e privato nei moderni sistemi di Welfare*, cit., p. 45. Per un'analisi solo parzialmente critica, A. POLSI, *Amministrazione sociale*, in «Storia Amministrazione Costituzione», V (1997), pp. 209-236.

rocemente represses⁽¹⁰²⁾. Parimenti, il dirigismo della nuova amministrazione sociale rivelava al Belloc i tratti di un *Servile State*; uno Stato asservitore, i cui obiettivi collettivisti, lungi dal condurre a una reale redistribuzione della ricchezza, alla liberazione dell'individuo e alla sua effettiva partecipazione ai processi decisionali, tendevano, «obbligando legalmente chi non possiede i mezzi di produzione a lavorare per chi li possiede»⁽¹⁰³⁾, al «ripristino della schiavitù»⁽¹⁰⁴⁾. Anche il *National Insurance Act*, pertanto, «segu[iva] in ogni particolare la linea di uno Stato servile»⁽¹⁰⁵⁾.

Il riformismo *New Liberal* potrebbe allora apparire, piuttosto che il segno di una ponderata azione capace di condurre naturalmente agli esiti Beveridgeiani, il frutto di esigenze dettate dalla contingenza, di obiettivi rivolti al mantenimento dei privilegi delle classi dominanti, ovvero la paternalistica manifestazione postulante il riconoscimento di prestazioni sociali solo a fronte di istanze popolari non più contenibili. E il marasma si rifletterebbe nella disorganicità della legislazione sociale, in particolare nelle falle dell'amministrazione della *National Health Insurance*, simboleggiate dall'adagio circolante che immaginava Lloyd George alla guida di una «ambulanza senza freni»⁽¹⁰⁶⁾.

Si incrinano allora le fondamenta della rivoluzione 'all'inglese', tradizionalmente spontanea, naturale e quasi sempre 'gloriosa', viene meno, di conseguenza, l'esaltazione del 'genio britannico': l'assicurazione sanitaria, in quest'ottica, più che la pionieristica impronta della raggiunta armonia fra diritti di libertà e diritti sociali all'insegna del continuo incedere del progresso democratico, rivelerebbe il vizio originario del *Committee on Physical Deterioration* che, nell'affannosa ricerca della *national efficiency*, associava l'impegno nella salute pubblica alle esigenze dell'imperialismo bellico⁽¹⁰⁷⁾. *Warfare*, non *welfare*,

⁽¹⁰²⁾ G. DARGERFIELD, *The Strange Death of Liberal England*, London, Constable, 1935, in particolare, p. 67 e ss.

⁽¹⁰³⁾ H. BELLOC, *The Servile State* (1912), trad. it. *Lo Stato servile*, Macerata, Liberilibri, 2012, p. 3.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 128.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 112.

⁽¹⁰⁶⁾ Come è riportato nelle memorie di W.J. BRAITHWAITE, *Lloyd George Ambulance Wagon. The Memoirs of W.J. Braithwaite, C. B. (1910-1912)*, London, Cedric Chivers, 1957, p. 161, *civil servant*, collaboratore di Lloyd George e ispiratore del sistema amministrativo della *National Health Insurance*.

⁽¹⁰⁷⁾ La vocazione imperialista, denunciata da J.A. HOBSON, *Imperialism. A Study* (1902), trad. it. *L'imperialismo*, Milano, ISEDI, 1974, sembrava compatibile con il comune e sentito appello alla *national efficiency*. È fondamentale qui il contributo di G.R. SEARLE, *The Quest for National Efficiency: A Study in British Politics and Political Thought, 1899-1914*, Oxford, Blackwell, 1971, che mostra come, a partire dalla

verrebbe da dire: gettando ombre sulla abilità del riformismo *New Liberal* di smarcarsi dal modello bismarckiano, tali persistenze paternaliste guastano l'orientamento che vede nei diritti sociali garantiti dalle nuove riforme il volano dello sviluppo democratico, così come lo strumento della continuazione della tradizione delle libertà civili e politiche, secondo una *Whig Interpretation of History*⁽¹⁰⁸⁾ che, in modo strumentale e artefatto, considera il liberalismo del Novecento capace di attendere la promessa dei diritti sociali come l'azione benthamiana era riuscita a soddisfare nell'Ottocento la richiesta dei diritti politici⁽¹⁰⁹⁾.

Ridiscussi gli eccessi della narrazione *Whig*, è stato altresì notato che la selettività della *Old Age Pension* e l'uguaglianza contributiva *flat-rate* della *National Insurance* non consentono di intravedere ambizioni redistributive troppo marcate; ambizioni che, nonostante i rilevanti sforzi del *People's Budget*, saranno chiaramente percepibili solo con il netto innalzamento della *income tax* durante la Grande guerra, i cui eventi furono inoltre decisivi per la clamorosa crescita delle strutture amministrative⁽¹¹⁰⁾. Ed è certo che, se lo Stato-imprenditore-del-sociale — da intendere secondo i tipici canoni keynesiani — è la sola categoria atta a riassumere la trasformazione internazionale insita nel passaggio dal modello assicurativo (bismarckiano) al *Social Service State* (beveridgiano), le riforme *New Liberal* siano ben lontane dal teorizzare gli obiettivi della pianificazione economica e della piena occupazione⁽¹¹¹⁾.

guerra anglo-boera, il sentimento della *national efficiency* (pp. 54-106) accomunasse sia gli ideali imperialisti che l'accentramento amministrativo proposto dal *Minority Report* (pp. 235-256).

⁽¹⁰⁸⁾ H. BUTTERFIELD, *The Whig Interpretation of History* (1931), New York-London, W.W. Norton, 1965. «It is a part and parcel of the whig interpretation of history that it studies the past with reference to the present» (p. 11). È la denuncia dei metodi nell'analisi storica che tendono a interpretare i processi evolutivi all'insegna di un continuo e trionfante progresso graduale, secondo una continua «line of causation» (p. 12), ben visibile anche nel mito della Costituzione storica già celebrato da Sir Edward Coke. Per un'analisi critica, J.W.F. ALLISON, *The English Historical Constitution. Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 165-172.

⁽¹⁰⁹⁾ Sul gradualismo della storiografia britannica anche D. GLADSTONE, *The Twentieth-Century Welfare State*, London, Macmillan, 1999, pp. 4-21.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. G.C. PEDEN, *The Treasury and British Public Policy: 1906-1959*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 30-72.

⁽¹¹¹⁾ La rivoluzione del periodo fra le due guerre che assegna allo Stato un ruolo direttivo dell'economia, ora unico garante del funzionamento del ciclo economico, è stata correttamente rivalutata da una parte della storiografia. LA SPINA, *Il mo-*

Urgono, allora, dei chiarimenti. Nonostante il carattere 'glorioso' della *British Welfare Revolution* sia certamente da ridimensionare e le descritte persistenze paternaliste rivelino come siano ancora distanti i tratti della rivoluzione beveridgiana, unico vero spartiacque del *Welfare State* britannico, è da chiarire che la legislazione sociale del 1906-14 rappresenta, dal lato della *social policy*, una cesura difficilmente smentibile: è indubbio che il suo significato storico, insito nel funzionamento parlamentare del patto *Lib-Lab*, nella partecipazione socialista ai processi di governo e riforma, nell'azione congiunta e operosa della nuova generazione *New Liberal* contro i privilegi e le oziosità dei *Lords*, risieda nell'aprire a una strategia politica volta a una protezione sociale sempre più generalizzata, inclusiva e solidale.

In questo senso, parrebbe adatta alla storia dello Stato sociale britannico una prospettiva «politico-processuale»⁽¹¹²⁾, diretta a evidenziare, per individuare le motivazioni della recezione legislativa dei diritti sociali, il processo politico in quanto tale, la strategia elettorale e il valore della competizione per il potere delle *élite* amministrative; e ciò in modo rispondente all'approccio offerto da Cooper in merito alla citata affermazione di una «counter-élite»⁽¹¹³⁾ ai danni della filosofia *Old Liberal* e del conservatorismo dei *Lords*. Ciononostante, è proprio nel valorizzare gli aspetti politologici e sociologici delle riforme *New Liberal* che si palesano i limiti di una prospettiva di *policy* a cui la storiografia inglese appare eccessivamente legata. Per comprendere il «carattere prettamente britannico»⁽¹¹⁴⁾ dell'evoluzione dello Stato sociale d'oltremania, da tale approccio serve emanciparsi.

Se lo Stato sociale è, in quanto declinazione della tipologia statale, un fenomeno che abbraccia in modo complessivo l'ordinamento, tanto la dimensione pubblica che quella privata, non è possibile non considerare che all'indubbia trasformazione politica seguano, sul terreno del diritto, numerose continuità. Il presunto convincimento che i diritti sociali rappresentassero la continuazione della 'li-

dello normativo del *Welfare State*, cit., pp. 60-65, felicemente illumina un filone storiografico che muove da G. RUNCIMAN, *Relative Deprivation and Social Justice. A study of Attitudes to Social Inequality in Twentieth-Century England*, trad. it. *Ineguaglianza e coscienza sociale. L'idea di giustizia sociale nelle classi lavoratrici*, Torino, Einaudi, 1972, pp. 75-124, che verrà poi ripreso da M.A. CROWTHER, *Social Policy in Britain 1914-1939*, London, Macmillan, 1988, pp. 11-25 e A. DIGBY, *British Welfare Policy: from Workhouse to Welfare*, London, Faber and Faber, 1989, pp. 48-63.

⁽¹¹²⁾ Sulla base della proposta di FERRERA, *Modelli di solidarietà: politica e riforme sociali nelle democrazie*, cit., in particolare pp. 105-106.

⁽¹¹³⁾ *Supra*, nota 19.

⁽¹¹⁴⁾ *Supra*, nota 9.

bertà degli inglesi' ne ha sicuramente favorito l'impianto in modo meno conflittuale rispetto agli ordinamenti continentali, ma ha altresì facilitato il proseguimento, come storica garanzia di quelle libertà, dell'«individualismo tipico della *common law*»⁽¹¹⁵⁾. Le corti si preoccupano solo sporadicamente di ingaggiare lo scontro contro il collettivismo e gli «eccentrici principi di filantropia socialista»⁽¹¹⁶⁾; non si adattano a interferire in questioni di *policy*, ancora certe — quantomeno in questi anni — della loro assoluta egemonia sull'ordinamento derivante dal carattere rimediabile e consuetudinario del diritto storico⁽¹¹⁷⁾. Altezzosamente rintanata nella sua roccaforte individualistica, la *common law*, sia pur fiaccata dall'esaltazione diceyana della «parliamentary sovereignty», resta convinta della assoluta supremazia della «ordinary law» garantita e applicata dalle «ordinary courts»⁽¹¹⁸⁾. Ne sono la dimostrazione due epocali casi giurisprudenziali: sia in *Board of Education v. Rice*⁽¹¹⁹⁾ (1911) che nel decisivo *Arlidge case*⁽¹²⁰⁾ (1915) le Corti ribadiscono il loro *self-restraint*, ossia il rifiuto di valutare i presupposti legislativi e le procedure impiegate

⁽¹¹⁵⁾ Così, nel 1914, DICEY, *Lectures*, cit., pp. 51-52.

⁽¹¹⁶⁾ In modo non troppo dissimile da quanto visto per il *Taff Vale* e l'*Osborne case*, la citazione è ripresa da *Roberts v. Hopwood* [1925] A.C. 578. È però ancora sporadico l'interventismo giudiziario politicamente orientato denunciato da J.A.G. GRIFFITH, *The Politics of Judiciary*, trad. it. *Giudici e politica in Inghilterra*, Milano, Feltrinelli, 1980, in particolare, pp. 70-77.

⁽¹¹⁷⁾ Brillante la sintesi di H.W. ARTHURS, *Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business*, in «Osgoode Hall Law Journal», 17 (1979), 1, p. 9, secondo cui se le attività amministrative su cui i *tribunals* sono chiamati a giudicare «are not law, the courts are, ironically, deprived of the right to scrutinize decision of other tribunals for noncompliance with such rules. The Rule of Law, apparently, will not stoop to conquer». L'assenza del controllo delle corti è coerente con l'originario carattere politico-burocratico dei *tribunals*, visibile anche nella loro composizione giudicante che spesso si avvale di esperti senza alcuna formazione giuridica. Circa il *judicial review* delle decisioni amministrative è indispensabile H.W.R. WADE, *Administrative Law*, trad. it. *Diritto amministrativo inglese*, Milano, Giuffrè, 1969, soprattutto, pp. 67-111. Si veda inoltre C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 3-48.

⁽¹¹⁸⁾ Chiariva DICEY, *Introduction*, cit., pp. 58-59: «nell'ordinamento costituzionale inglese non vi è alcun potere che possa competere con la sovranità legislativa del parlamento». Questa doveva però affiancarsi al *Rule of Law*, garantito «secondo le ordinarie modalità di legge innanzi alle corti ordinarie del paese» (p. 156).

⁽¹¹⁹⁾ [1911] A.C. 179, dove si legge: «the board is in the nature of the arbitral tribunal, and a court of law has no jurisdiction to hear appeals from the determination either upon law or upon fact».

⁽¹²⁰⁾ *Local Government Board v. Arlidge* [1915] A.C. 120. La posizione è forse

nelle decisioni amministrative, in particolar modo se relative ai servizi sociali ⁽¹²¹⁾.

Ciò che ne emerge è un netto « contrasto tra diritto e *policy* » ⁽¹²²⁾ che, pur avendo radici ottocentesche, tende, con il riformismo *New Liberal*, a farsi stridente. Il riconoscimento di ampie prestazioni sociali, incuneandosi nella frattura fra *law* e *policy*, ne allarga il divario, separandone obiettivi e metodi: il collettivismo dei diritti sociali e l'individualismo dei diritti di libertà convivono ora antinomicamente, si avvalgono di statuti giuridici differenziati e non comunicanti, affidati rispettivamente alla disciplina di *statute* e *common law*, al giudizio di *tribunals* e *courts*. Se con il riformismo *New Liberal* — come visto — libertà e uguaglianza tendono a riavvicinarsi nella reciproca mediazione tra liberalismo e socialismo, il parametro ricompreso nella libertà-eguale e nell'eguaglianza-delle-opportunità, pur espressione di un nuovo indirizzo politico orientante l'azione di governo, non riesce ad acquisire una pregnanza giuridica capace di permeare i rivoli più profondi dell'ordinamento.

Sullo sviluppo novecentesco dei diritti sociali si riproduce allora un duplice effetto. Da un lato, contro la tendenza del diritto sociale continentale alla frattura dei confini individualistici del diritto privato simboleggiata dalla pubblicizzazione della proprietà weimariana, il collettivismo del *Welfare State* britannico, nonostante la legislazione sociale più avanzata rispetto agli altri paesi, non riuscirà a intaccare l'individualismo della « corrente contraria » ⁽¹²³⁾ composta dalla *common law* e dal *private law constitutionalism* ⁽¹²⁴⁾. Dall'altro, liberate

ancor più esplicita: « that the judiciary should presume to impose its own methods on administrative or executive officers is a usurpation ».

⁽¹²¹⁾ Si veda J.D.B. MITCHELL, *The causes and the effects of the Absence of a System of Public Law in the United Kingdom*, in «Public Law», 1965, 1, pp. 95-118. Lo notano bene MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 449-452. Per un breve confronto con le categorie continentali, B. SORDI, *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence and Development of Administrative Law*, in *Comparative Administrative Law*, S. Rose-Ackerman, P. Lindseth, B. Emerson (eds.), Northampton, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 23-37.

⁽¹²²⁾ WADE, *Administrative Law*, cit., p. 67. Proprio in quest'ottica fu decisivo l'*Arlidge*: « questo *case* segnò una svolta decisiva e rappresentò una reazione contro la tendenza a giurisdizionalizzare i procedimenti amministrativi » (p. 256). Un lento riconoscimento di garanzie processuali per l'attività dei *tribunals* sarà databile solo dalla fine degli anni '50. Si veda pp. 297-361.

⁽¹²³⁾ DICEY, *Lectures*, cit., p. 51, nell'introduzione alla seconda edizione del 1914.

⁽¹²⁴⁾ Cioè l'idea che gli strumenti privatistici della *law of tort* dessero alle corti gli strumenti necessari a tenere l'amministrazione sotto controllo. Cfr. T.T. ARVIND, L.

dall'intralcio di dover costantemente lottare con la tradizione individualistica del diritto, le tendenze e le direttrici di *policy* avviate dalle riforme del 1906-14, nella loro congiunta veste redistributiva e amministrativa, potranno davvero diffondersi e svilupparsi liberamente; e sarà proprio il loro *naturale sviluppo*, anarchico, disorganico e «indicibilmente bizzarro»⁽¹²⁵⁾, a imporre l'edificante riorganizzazione beveridgiana all'insegna di un chiaro e lineare universalismo.

Sulla base di tale approccio potrebbero così aprirsi scenari inediti: non sarebbe insensato ipotizzare che il divario britannico tra diritto e politica sociale, da cui consegue la scarsa considerazione giuridica che i diritti sociali hanno ricevuto⁽¹²⁶⁾, sia stato tanto centrale nell'esperienza inglese da aver favorito che i *social rights*, affidati più che altro alla discrezionalità dell'agire politico, sganciati dai freni e dalle lentezze della storia del diritto, conoscessero, dopo un rapido sviluppo, la brusca alternanza tra gli ideali dell'universalismo laburista e gli opposti valori della stagione thatcheriana.

STIRTON, *The Curious Origins of Judicial Review*, in «Law Quarterly Review», 133 (2017), pp. 91-117.

⁽¹²⁵⁾ «Forse la spiegazione insulare più ovvia e decisiva del piano Beveridge è quella di mettere un po' di ordine nelle indicibili bizzarrie di cui è intessuta la legge vigente britannica, le quali costringono le persone afflitte da qualche disgraziato evento a correre da Erode a Pilato, a pagare ed a riscuotere a e da uffici diversi, a darsi di vuoti di legislazione, i quali lasciano scoperti taluni casi ed a profittare di sovrapposizioni, grazie alle quali l'interessato ha scelta, per l'identico caso, fra sussidi differenti e sceglie naturalmente quello a lui più favorevole. All'uopo l'autore del piano semplifica, coordina, integra e sfronda». Così, L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Einaudi, 1964, p. 86.

⁽¹²⁶⁾ Ne è la riprova il fatto che solamente dopo il *Beveridge Report*, assieme al concomitante riconoscimento della pianificazione economica keynesiana e del ruolo imprenditoriale dello Stato nella programmazione sociale, inizi, propiziata dall'alternativa della LSE tra una *Road to Serfdom* e una *Social Citizenship*, una timida riflessione giuridica sui *social rights* che, tutt'oggi, appare incompleta. Rinviando alle nostre future ricerche, si fa rispettivamente riferimento alla celebre F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom* (1944), trad. it. *Verso la schiavitù*, Milano-Roma, Rizzoli, 1948 ed a MARS-HALL, *Citizenship and Social Class*, cit., al quale si deve la citata riflessione sulla «cittadinanza sociale».

GIANLUCA RUSSO

«EL DESORDINE È PECCATO»
UN ASPETTO DELLA COSTRUZIONE
DELLO STATO TERRITORIALE FIORENTINO:
L'OFFENSIVA MORALIZZATRICE DEL QUATTROCENTO (*)
(A proposito di Uberto da Cesena, *Quaestio disputata Bononie*)

1. Morale e giustizia. Il *sumptus* tra pedanti capitoli della legislazione municipale e sparuti echi della giurisprudenza. — 2. La legislazione suntuaria. — 3. «Ordo in cunctis rebus servandus est»: sodomia, prostituzione, corruzione, gioco d'azzardo. — 4. L'offensiva moralizzatrice all'ombra della costruzione del Dominio.

1. *Morale e giustizia. Il sumptus tra pedanti capitoli della legislazione municipale e sparuti echi della giurisprudenza.*

Un vescovo o altro superiore ingiunse e stabilì che, per conservare la moralità, nessuna donna, nel territorio della giurisdizione episcopale, faccia uso di ornamenti di colore contraffatto, o d'oro o d'argento, o di genere oltre una certa quantità, o di vestiti lunghi oltre una certa misura. Scomunicò la donna violatrice della norma. Si chiede se qualunque donna che trasgredisce incorra in questa pena⁽¹⁾.

Così, tra il 1307 e il 1328, anni in cui lavorò quale *doctor decretorum* presso lo *Studium* di Bologna, *frater* Uberto da Cesena (...; 1334), canonico regolare di Sant'Agostino di Santa Maria in Porto della diocesi ravennate, istruiva i suoi allievi sottoponendo loro, nella forma piana dell'esercitazione scolastica, una intricata faccenda: se, in primo luogo, l'ornato femminile sia un peccato e come peccato il vescovo sia legittimato a sanzionare, spiritualmente, la donna peccatrice

(*) Il presente contributo trae spunto dal volume, UBERTO DA CESENA, *Quaestio disputata Bononie (1307-1328)*, a cura e con introduzione di Cecilia Natalini, prefazione di Diego Quaglioni, Foligno, Il Formichiere, 2019, pp. 120.

(1) Ivi, p. 3.

con la scomunica; quindi, se la donna stessa debba, in fatto di vesti, obbedienza al potere superiore vescovile o maritale.

La *quaestio* di Uberto da Cesena rappresenta una fra le testimonianze più antiche e preziose di intervento diretto di un giurista in materia suntuaria, intendendo per materia suntuaria il tenore di vita nelle sue manifestazioni quotidiane, come il vestire, il cibo consumato soprattutto in occasione di sposalizi o battesimi, persino le cerimonie funerarie, e la disciplina, via via sempre più fitta e minuta, cui detta materia andò soggetta nelle città italiane — e non solo — già a partire dal XIII secolo, e cioè, almeno per l'Italia centro-settentrionale, dall'esperienza del Comune maturo. Ancora incrostata da infiltrazioni ecclesiologiche e moralistiche⁽²⁾, la *quaestio disputata Bononie* di frate Uberto da Cesena, depurata attraverso i filtri della tecnica giuridica, viene incastonata *ad litteram* dal canonista Giovanni d'Andrea (1270-1349) nelle sue *Quaestiones Mercuriales* — così chiamate perché dibattute in sede universitaria nella giornata di mercoledì.

Da lì, la proposta di Uberto trova spazio nelle *Quaestiones statutorum* di Alberico da Rosciate (1290-1360), giureconsulto sensibilissimo alla realtà politico-istituzionale del suo tempo, fatta in larga parte di tanti liberi Comuni e, soprattutto, al fondamento politico-giuridico della loro autonomia, entro il bipolarismo universale Chiesa/Impero, ossia lo Statuto cittadino, e, di conseguenza, artefice della dialettica *ius communel iura propria*.

Eredità, alla fine, raccolta, come a chiudere un cerchio, dal canonista Pietro d'Ancharano (1333-1416) che, in occasione della famigerata *repetitio* tenuta a Bologna il 17 gennaio del 1405 sul capitolo *Canonum statuta, De constitutionibus* (X. 1.2.1), scarnificando fino all'essenziale l'originario testo ubertino, abile nel privarlo soprattutto dei riferimenti alle *auctoritates* decretalistiche — lui, che nei primi anni del Quattrocento sposò le tesi conciliariste sul ridimensionamento della *potestas absoluta* del Pontefice —, pone il tassello definitivo: elevare la materia suntuaria a dignità di problema afferente al diritto comune:

qualora la costituzione sinodale o lo statuto concordino con il diritto comune, essi senza dubbio valgono. Infatti, non si può allora parlare di statuto, ma di diritto comune [...] Qualora disponga oltre il diritto comune, ugualmente si ritiene che valga, se sia altrimenti conforme a ragione⁽³⁾.

(2) Di non agevole differenziazione per l'uomo del tempo medievale, come testimonianza, d'altronde, la collocazione della *quaestio* nel manoscritto di Budapest, Egypetemi Könyvtár (University Library), lat. 42, ff. 3ra-4rb; la stessa utilizzata per la presente edizione critica, in apertura a trattazioni trecentesche di indole pastorale, quali sermoni, riflessioni, interventi sulla idolatria, la blasfemia, il peccato, il digiuno.

I testi di Giovanni d'Andrea, Alberico da Rosciate e Pietro d'An-carano — generati da una matrice comune che è, appunto, la *quaestio* disputata a Bologna tra il 1307 e il 1328 da Uberto da Cesena — vengono, oggi, riproposti all'attenzione degli studiosi di storia del diritto o, anche, allo sguardo curioso di chiunque sia interessato a capire di più della sorprendente vicenda suntuaria nell'ultimo scorcio del Medioevo italiano, in una curatissima edizione critica, resa ancora più maneggevole e scorrevole dalla traduzione in italiano degli originali scritti latini, frutto dello sforzo di Cecilia Natalini, che firma anche l'introduzione al volume con prefazione di Diego Quaglioni.

Intrecciando fra loro, come trame di un unico e compiuto filamento, *auctoritates* di varia estrazione — dalla divina scrittura alla patristica, dal *Corpus Juris Civilis* al *Corpus Juris Canonici* — i quattro *doctores* sfruttano, con la padronanza della dialettica e degli strumenti tecnici della divulgazione scientifica di diritto comune — *quaestiones* e *repetitiones* — il discorso giuridico a offrire, così, «una nuova interpretazione delle fonti provenienti dalla tradizione, tale da individuare i limiti della *iurisdictio* spirituale e temporale di fronte agli *iura aliorum* costituiti per diritto divino» e, per questa via, «trovare il punto di raccordo tra il pericolo delle ricchezze, per la salvezza dell'anima, e l'uso legittimo delle stesse, laddove ugualmente sia in gioco la tutela di un principio spirituale: l'onestà dei costumi»⁽⁴⁾.

Possiamo così riassumere il discorso elaborato da Uberto da Cesena e poi ripreso da tutti gli altri giuristi.

Premesso che i precetti giusti dei vescovi⁽⁵⁾ legano chiunque, nel caso di scuola — o della *quaestio Bononie* — lo statuto episcopale è

⁽³⁾ UBERTO DA CESENA, *Quaestio disputata Bononie*, cit., p. 109.

⁽⁴⁾ C. NATALINI, *Introduzione*, ivi, p. XIII.

⁽⁵⁾ Che, storicamente, i vescovi abbiano promulgato degli statuti in materia suntuaria è questione quasi misteriosa e poco chiara. Si sa, ad esempio, di uno statuto predisposto dal vescovo di Firenze nel primissimo Trecento, edito in R. TREXLER, *Synodal law in Florence and Fiesole, 1306-1518*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1971. Quindi, di talune misure dettate in tal senso dal Cardinale Latino nel 1279 e poi riprese, con parziali modifiche, più tardi, dal legislatore fiorentino, su cui cfr. C. GUIMBARD, *Appunti sulla legislazione suntuaria a Firenze dal 1281 al 1384*, in «Archivio Storico Italiano», CL (1992), pp. 57-81, in particolare, pp. 70-71. Persino di un costituito papale citato esplicitamente nello statuto di una comunità soggetta al Dominio territoriale fiorentino ricordato da M. ASCHERI, *De ornatu mulierum dal Medioevo all'età moderna: dal Roselli al Tergolina*, in *Stagnation oder Fortbildung? Aspekte des allgemeinen Kirchenrechts im 14. und 15. Jahrhundert*, a cura di M. Bertram, Tübingen, De Gruyter, 2005, pp. 337-354, consultato on-line su «Reti Medievali», p. 2, nota n. 10. Infine, sia R. TREXLER, *The Episcopal Constitution of Antoninus of Florence*, in «Quellen und Forschungen aus den italienischen Archiven und Biblio-

giusto. E la sua giustezza è provata da argomenti molteplici: è giusto ciò che è conforme alla divina scrittura e lo statuto deriva dalla dottrina degli Apostoli⁽⁶⁾; è giusto perché conduce alla moralità e proibisce l'immoralità⁽⁷⁾; è giusto perché proibisce il peccato. Su quest'ultimo fronte, il ragionamento si fa duplice: da un lato, l'ornamento porta al peccato di lussuria — così come insegna l'esperienza, è maggiormente appetibile la donna ornata piuttosto che quella disadorna⁽⁸⁾; dall'altro, è esso stesso peccato perché contrario alla dottrina degli Apostoli⁽⁹⁾. Anzi, l'ornamento è peccato mortale⁽¹⁰⁾. Chiarito, in senso affermativo, il dubbio se l'ornato sia o non un peccato, il discorso si appunta sulla sanzione spirituale della scomunica e sulla sua forza coattiva. Al riguardo, la scomunica lega quando colpisce un atto che spetta alla Chiesa in difesa della moralità⁽¹¹⁾. E il caso di specie sembrerebbe soddisfare questo requisito. Oltretutto, la donna non è giustificata nemmeno se obbedisce al marito che disponesse il

theken», 59 (1979), pp. 268-269, che R.E. RAINEY, *Sumptuary Legislation in Renaissance Florence*, Columbia University, Ph.D., 1985, p. 547, menzionano una costituzione che l'arcivescovo di Firenze Antonino (Pierozzi) dovette promulgare nel 1455, evidentemente per porre un freno alla cattiva abitudine, invalsa nella Firenze del Quattrocento, degli uomini di Chiesa a vestirsi sontuosamente.

⁽⁶⁾ Pietro, 3, 3: «il loro ornamento non sia quello esteriore, non sia l'acconciatura né l'indossare oro, né abiti preziosi»; Timoteo, 2, 9: «che si ornano non con trecce, né con oro, né con perle o vesti preziose».

⁽⁷⁾ SAN BERNARDO, *Apologia ad Guillelmum abbatem*, X. 26, 21-23, in *Sancti Bernardi opera, III: Tractatus et opuscula*, a cura di J. Leclercq, H.M. Rochais, Roma, Editiones Cistercienses, 1963, p. 102: «dal tesoro del cuore senza dubbio proviene ciò che dei vizi appare all'esterno. Il cuore vano immette nel corpo il segno della vanità, e la superfluità esteriore è segno indizio di vanità interiore».

⁽⁸⁾ SAN GIROLAMO, *Ep.* 54, 7, in *Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum*, 54, p. 473: «che ci fanno sul volto della donna cristiana il belletto e la cerussa? Di questi l'uno è rossore menzognero delle gote e delle labbra, l'altra è candore della bocca e del collo, i quali sono entrambi fuoco per i giovani, fomenti di lussuria e indizi di una mente impudica».

⁽⁹⁾ Luca, 16, 19-31; GREGORIO MAGNO, *Hom.* XL, ad Lc. XVI, 19-31, in PL 76, col. 1305ab: «se il culto delle vesti preziose non fosse colpevole, la parola di Dio non avrebbe pronunziato con tanta chiarezza che il ricco vestito di porpora e bisso discese agli inferi»; CIPRIANO, *Liber de habitu virginum*, cc. 13, 15-17, in *Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum*, 3.1, pp. 197-199.

⁽¹⁰⁾ SAN GIROLAMO, *Ep.* 54, 7, cit., p. 473: «quest'ornato non è la veste voluta da Dio, questo è anticristiano. Con quale fiducia si volge al cielo un volto che il Creatore non conosce?».

⁽¹¹⁾ *Deuteronomio*, 22, 5: «non indosserà la donna la veste maschile né l'uomo la veste femminile»; *Corinzi*, 11, 4-5, 14-15.

contrario, perché in caso di precetti contrari, si deve obbedire al maggiore e il prelado è maggiore del marito⁽¹²⁾.

Eppure, in omaggio al principio *sic et non* proprio della logica scolastica, per la soluzione della intricata faccenda è necessario passare in rassegna, ed eventualmente confutare, possibili argomenti *a contrario*. Pertanto, bisogna capire, una volta per tutte, se l'ornato è peccato. Al riguardo, va distinto il belletto dalle vesti. Il belletto, essendo una specie di finzione — facile anticamera dell'adulterio — è peccato. Mortale, se usato per dissolutezza o indifferenza; lecito, se usato per occultare una deformità o infermità. In particolare, nel caso delle donne non sposate, le vesti costituiscono peccato mortale se usate per piacere agli uomini e per concupire, perché spingono al peccato. Costituiscono, viceversa, peccato solo veniale se usate per ostentazione, per essere considerate più nobili perché ben vestite.

Nel caso delle donne sposate, il comportamento è ugualmente peccaminoso, tranne quando le vesti sono usate per piacere al marito, perché questo atteggiamento evita che gli uomini possano commettere adulterio a causa della trasandatezza delle mogli.

Ma, soprattutto, bisogna capire una volta per tutte se l'ornamento femminile sia o non una sfera della *dignitas* della persona sindacabile dalla giurisdizione ecclesiastica. Il che sembrerebbe da escludere perché, per lo stesso diritto divino, l'ornato compete al marito, non al vescovo. L'abilità del giurista, in specie del canonista, si misura nella capacità di elidere le contraddizioni sovente presenti tra le Sacre Scritture, l'insegnamento dei Padri della Chiesa e le decretali pontificie per prospettare una soluzione coerente e saggiamente equilibrata. Il punto è come conciliare queste due diverse superiorità, vescovo e marito, cui la donna è ugualmente soggetta e alle quali deve ugualmente obbedienza. Ebbene, gli statuti dei vescovi che assorbono i diritti degli altri — in questo caso, i mariti — non valgono se non acconsentano coloro che sono lesi o, almeno, essendo presenti, tacciano. Pertanto, se il marito acconsente espressamente o tacitamente, la moglie deve osservare lo statuto. Se, invece, il marito non acconsente, in animo suo la moglie deve osservare lo statuto, ma, di fatto, deve obbedire al marito, al quale è immediatamente e principalmente soggetta.

Il paziente lavoro sulle fonti — tutte convergenti, citazione più citazione meno, nel prospettare la soluzione appena ripercorsa — svolto dalla curatrice viene, poi, a caricarsi di maggiore significato non appena si va ad aggiungere un ulteriore dato, a complicazione del quadro già tracciato: raramente i giuristi — come professionisti

⁽¹²⁾ *Decretum*, XXI, q. 4 c. 3, *Episcopi*; XI, q. 3 c. 97, *Qui resistit*; XI, q. 3 c. 11, *Si autem vobis*.

del diritto e non certo come ceti coinvolti nei vari comparti istituzionali delle *civitates* nonché come redattori materiali di leggi suntuarie — sono intervenuti in materia di *sumptus*⁽¹³⁾.

I testi scritti da Uberto, Giovanni, Alberico e Pietro sono, pertanto, veramente ascrivibili a quella «tradizione giuridica maggiore» alle prese con «un problema giuridico minore» — quale quello suntuario —, minore perché a lungo largamente ignorato dagli storici del diritto⁽¹⁴⁾, ma che, nell'Italia del tardo Medioevo/prima Età moderna, doveva essere tutt'altro che minoritario. È sufficiente spostare, infatti, il baricentro della nostra attenzione dal piano eminentemente dottrinale per posarlo sulla impressionante mole di norme suntuarie prodotte a livello di legislazione municipale, tra XIII e XV secolo, presso le più importanti e più ricche città dell'Italia centro-settentrionale. Il problema, dunque, e lo vedremo a breve, fu davvero «essenzialmente legislativo e lo fu per un certo tipo di Comuni, soprattutto, a cominciare da quelli con una robusta tradizione popolare e con interessi mercantili non troppo soverchianti»⁽¹⁵⁾.

Sulle ragioni di questa roboante assenza dei giuristi dalla riflessione corale su di una problematica sociale così pregnante per il buon governo della *civitas* si può discutere. Certamente, non giovano gli scarni riferimenti che alla materia suntuaria dedicano tanto il *Corpus Juris Civilis* quanto il *Corpus Juris Canonici*⁽¹⁶⁾, così come il dato che i giuristi erano, assieme con medici e cavalieri, esentati dall'osservare le severe regole suntuarie⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. O. CAVALLAR, J. KIRSHNER, «*Licentia navigandi... prosperis ventibus astantibus*». *L'esenzione dei «doctores» e delle loro mogli da norme suntuarie*, in *A Ennio Cortese*, a cura di D. Maffei, I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte, U. Petronio, Roma, Il Cigno Galileo Galilei Edizioni di arte e scienza, 2001, vol. I, pp. 204-227, in particolare, p. 204.

⁽¹⁴⁾ Cfr. NATALINI, *Introduzione*, cit., p. XII, che denuncia quanto sia ancora oggi adombrata la rilevanza giuridica della questione suntuaria e riconosce a M. Ascheri il merito di aver sollevato qualche velo d'ombra sul punto.

⁽¹⁵⁾ ASCHERI, *De ornatu mulierum*, cit., pp. 1-2.

⁽¹⁶⁾ M. ASCHERI, *Tra storia giuridica e storia "costituzionale": funzioni della legislazione suntuaria*, in *Disciplinare il lusso. La legislazione suntuaria in Italia e in Europa tra Medioevo ed Età moderna*, a cura di M.G. Muzzarelli, A. Campanini, Roma, Carocci, 2003, pp. 199-211, in particolare pp. 201-204.

⁽¹⁷⁾ Cfr. CAVALLAR, KIRSHNER, «*Licentia navigandi*», cit. In fondo, lo stesso Alberico concludeva la sua trattazione, scrivendo, a mo' di autoconfessione: «ho scritto questa questione per pochi e raffinati giuristi giacché si tratta di una questione morale e dilettevole, sebbene poco utile nella pratica». Il passo è in UBERTO DA CESENA, *Quaestio disputata Bononie*, cit., p. 107.

E il quadro non muta se spostiamo un po' più avanti l'orizzonte temporale. Alle *quaestiones* e alle *repetitiones* formulate e declamate tra il 1307 e il 1405, segue, in ordine di tempo, un *consilium* a più mani reso a Firenze nell'aprile del 1390, steso dal canonista Stefano di Giovanni Buonaccorsi e sottoscritto da una decina di colleghi — tra i quali, Angelo degli Ubaldi e Francesco Zabarella — che vede un singolarissimo caso di mobilitazione generale dell'Arte dei Giudici e Notai a supportare tecnicamente la moglie di un *doctor* — quasi sicuramente un *doctor iuris* — incorsa, nonostante i privilegi che per *status* sociale le spetterebbero, nella violazione di leggi suntuarie promulgate tra il 1377 e il 1384⁽¹⁸⁾. Segue, quindi, nel 1447, una curiosissima fonte, a metà strada tra un *consilium* e un'esercitazione di scuola, attribuita al giurista Antonio Roselli da Arezzo, durante la sua presenza presso lo *Studium* patavino, nel Dominio della Serenissima Repubblica di Venezia, come insegnante. Questo testo, che tempo fa attirò l'attenzione di Kantorowicz, curatore di una sua edizione critica⁽¹⁹⁾, è estremamente importante non solo perché allunga, anche se di poco, la lista dei *doctores* che si espressero in materia suntuaria ma perché, in esso, Roselli, pur attingendo al medesimo patrimonio di *auctoritates* della tradizione, sviluppa una soluzione assai diversa dai colleghi precedenti. Per il giurista aretino, infatti, i vescovi non possono obbligare le donne a vestirsi come loro vorrebbero, perché la divina scrittura e il diritto romano insegnano che ognuno regola i propri affari a modo proprio. L'ornamento non è di per sé un peccato mortale. In secondo luogo, le donne sposate devono obbedire ai loro mariti quali loro diretti superiori; così i mariti, per disposizione di diritto divino — non modificabile neppure dal vescovo — sono autorizzati a ordinare alle mogli come vestirsi. Ma anche quando un ordine del genere non sia stato dato, si presume che le donne si adornano per piacere ai loro mariti, e questo non è peccato. Le donne non sposate debbono fare lo stesso quando vogliono cercare un marito e rendersi più facile la via verso il sacro vincolo del matrimonio. Lo stesso discorso vale a proposito del trucco: se la donna non aveva altro mezzo per piacere al marito, non è peccato.

Infine, a riprova della dimensione prettamente legislativa del problema — e la conferma viene, sembra un paradosso, da un giurista — una legge, in questo caso lo «*statutum domini episcopi promulga-*

(18) Cfr. CAVALLAR, KIRSHNER, «*Licentia navigandi*», cit.

(19) H. KANTOROWICZ, *De ornatu mulierum, A consilium of Antonius de Rosellis with an Introduction on Fifteenth Century Sumptuary Legislation (1933)*, in *Rechtshistorische Schriften*, hrsg. von H. Coing, G. Immel, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 30, Karlsruhe, 1970, pp. 341-376.

tum», è valida solo se conforme alla *consuetudo patriae*, e questa ordinanza non lo è.

Forse, la ragione di tanta diversità di soluzione — a parità di *auctoritates* citate, espunti soltanto, e non è un caso, proprio i nostri Uberto, Giovanni, Alberico e Pietro che non vengono mai menzionati — sta nel fatto che quello dettato da Antonio Roselli al suo allievo prediletto è un *consilium pro parte*, non una *quaestio*. Ma nessuno può al momento stabilirlo con certezza. Di sicuro, c'è che, di lì a poco, si assisterà ad un drastico ridimensionamento di giudizio sull'ornato femminile, di cui sarà campione Orfeo Cancellieri, con il suo trattato *De ornatu mulierum* ⁽²⁰⁾. Suggellerà questi sparuti echi della giurisprudenza in materia suntuaria, il trattato del *doctor iuris utriusque* padovano Gerolamo Tergolina, morto nel 1542 ⁽²¹⁾.

Nell'attesa che una ricerca sistematica recuperi dall'archivio ingeneroso del tempo qualche altro intervento diretto di giuristi in materia di vesti e belletti — così da implementare l'attuale magro inventario di testimonianze di questo genere ⁽²²⁾ —, vorremmo concentrare, qui, la nostra attenzione su di un preciso aspetto della materia suntuaria che la rigorosa e asciutta introduzione della stessa Natalini pone subito in immediato risalto: la intima e profonda correlazione tra disciplina giuridica del *sumptus* e tenuta dell'ordine. Che poi significa intercettare quel nesso fortissimo che tiene insieme morale e giustizia; nesso funzionale alla realizzazione del buon governo cittadino. Un nesso che, invero, gli stessi nostri giuristi, da Uberto a Pietro, avevano ben presente, quando scrivono: «Secondo i nostri costumi, infatti, ed anche secondo il diritto, non soltanto viene osservata la giustizia, ma anche la morale» ⁽²³⁾.

Il tempo medievale — tempo impregnato «fino alle sue più intime fibre della religione» ⁽²⁴⁾, vive una tensione e una contraddizione perenni, generate dal modello universale di uomo onnicomprensivo delle diversità personali promesso dalla teologia, e il tradimento di di-

⁽²⁰⁾ Cfr. il recente saggio di F. BOLDRINI, *Per la storia delle leggi suntuarie in Italia nei secoli XV-XVI. Il Tractatus de ornatu mulierum di Orfeo Cancellieri*, Bologna, Monduzzi, 2019.

⁽²¹⁾ Il testo è edito in ASCHERI, *De ornatu mulierum*, cit.

⁽²²⁾ E avvalorare ancora di più il validissimo assunto per cui, «in verità la disciplina giuridica davvero feconda ed effettiva resta consegnata nelle mani non del legislatore, ma dei giuristi. Per questa ragione le quaestiones suntuarie di cui qui si offre l'edizione, poste a metà tra l'insegnamento scolastico e la riflessione teorica, rappresentano un autentico strumento interpretativo della realtà comunale» (cfr. NATALINI, *Introduzione*, cit., p. XIII).

⁽²³⁾ UBERTO DA CESENA, *Quaestio disputata Bononie*, cit., p. 5.

⁽²⁴⁾ Sono parole di J. Le Goff, menzionate in NATALINI, *Introduzione*, cit., p. IX.

suguglianze e gerarchie che l'incarnazione del modello ideale nel mondo terreno del sociale, infelicitamente, produce. Un campo di tensione che, a maggior ragione, reclama un pronto intervento dello strumentario giuridico, con il diritto a gettare un ponte tra «la rigida perfezione teologica da un lato, e misera fattualità sociale dall'altro»⁽²⁵⁾.

E, a partire già dal Duecento⁽²⁶⁾ le città comunali dell'Italia centro-settentrionale, ma non solo⁽²⁷⁾, sono ossessionate dalla necessità e dall'utilità di rimettere ordine nel disordine dei tempi, uno sconvolgimento di equilibri lontani, effervescente, irrefrenabile, lavico, muovendo anche dall'abbigliamento⁽²⁸⁾.

Muovendo dal nesso tra disciplina del *sumptus* e tenuta dell'ordine ci proponiamo, nelle pagine che seguono, di contestualizzare la legislazione suntuaria nell'ambito dell'offensiva moralizzatrice che investì la *civitas-respublica* di Firenze nei primi decenni del Quattrocento, così da intercettarvi uno degli elementi costitutivi di quel nuovo ordine penale pubblico, organizzato per via giurisdizionale, tendenzialmente anche se non esclusivamente repressivo che, già sul finire del Trecento, accompagnò la crescita delle nuove compagini territoriali di potere (Stati territoriali o antichi Stati italiani)⁽²⁹⁾.

I primi decenni del Quattrocento sono, invero, anni decisivi per la stessa evoluzione del penale⁽³⁰⁾. Si assottigliano i confini fra cri-

(25) Ivi, p. XIII.

(26) Fissare il *terminus ante quem* con il sec. XIII è solo un espediente convenzionale perché, come nota Ascheri, «noi conosciamo solo la punta dell'iceberg, ossia le fonti normative sopravvissute alle perdite di ogni genere e grazie all'esplosione documentaria del Duecento; molte norme però potevano essere oggetto di bandi non scritti o di normative transitorie, congiunturali, non sopravvissute alla selezione operata con la redazione degli statuti organici nel corso del Duecento»; cfr. ASCHERI, *Tra storia giuridica e storia "costituzionale"*, cit., p. 201.

(27) Sulla dimensione europea del fenomeno, cfr. *Disciplinare il lusso*, cit.

(28) Probabilmente si tratta della stessa necessità che avvertì il compilatore della *Magna Glossa*, il fiorentino Accursio, quando, ripercorrendo gli esili cenni sulle vesti distribuiti nel *Corpus Juris Civilis*, disegnò questa rigida raffigurazione gerarchica dell'ornato, però, maschile: «clamis est militum, purpura regum, stola sacerdotum, toga advocatorum, bricus rusticorum, cuculla monachorum»; cfr. *Glossa, fibulis ad C. 11.12.1*. Cfr. pure CAVALLAR, KIRSHNER, «*Licentia navigandi*», cit., p. 208.

(29) Ci permettiamo di rinviare al nostro «*Hic enim liber terribilis est*». *Profili egemonici del penale negli Statuti fiorentini del primo Quattrocento*, in «*Quaderni fiorentini*», 47 (2018), pp. 391-435.

(30) Eccezione dentro un panorama desolato di studi storico-giuridici sul tema, A. Pertile fu il primo ad intuire la valenza e la specificità della legislazione suntuaria, che trattò nella sua *Storia del diritto italiano*, Torino, Utet, 1892, vol. V, p. 546 e ss., come problema di storia del penale. Al di là della incongrua categorizzazione come

mine e peccato, quindi, fra criminali e peccatori. I governanti affinano la loro percezione della pena come strumento di disciplinamento. A Firenze, in particolare, vengono create nuove magistrature cittadine con *iusdictio in criminalibus*: gli Ufficiali dell'Onestà, gli Ufficiali di Notte, i Conservatori delle Leggi e, persino, gli Ufficiali sopra gli ornamenti delle donne. Queste, esattamente come per gli Otto di Guardia⁽³¹⁾, finiscono per sostituirsi, *de facto* prima che *de iure*, alle magistrature tradizionali nel contenere e, se del caso, reprimere fenomeni contrari all'ordine morale, sociale e religioso della *civitas-respublica*. L'idea profondamente radicata nella cultura del tempo è quella per cui la tenuta dell'*ordo civitatis* presuppone un'opera di attenta conservazione non soltanto delle leggi e delle istituzioni, ma anche dei costumi e della società intera, così come sono⁽³²⁾. Pertanto, è compito primario e ineludibile dell'autorità politica curare che non venga scardinata neanche una delle tante tessere tenute insieme dall'ingegno divino a comporre il grande mosaico della natura delle cose⁽³³⁾. Invero, possono celare minacce o pericoli allo *status quo* — e, quindi, indirettamente, alla perpetuazione del potere⁽³⁴⁾ — tanto i comportamenti sediziosi e proditori, quanto tutti quegli atti che riflettono le più turpi

«delitti contro il pubblico costume», Pertile studiò questo coacervo di norme suntuarie sotto il profilo delle pene comminate per la violazione che l'eccesso nel *sumptus* comportava e, significativamente, le considerava insieme con le leggi sul gioco d'azzardo e sulla prostituzione. Come rileva Ascheri, «il problema infatti rinvia in qualche modo all'ideologia del buon governo della città cristiana, dell'*honor civitatis* e del disciplinamento sociale complessivo a livello urbano, ossia a temi ben più ampi: a partire dalle questioni dell'ordine pubblico, con le quali si coinvolgerebbe in questo ambito anche l'universo dei giochi»; cfr. ASCHERI, *Tra storia giuridica e storia "costituzionale"*, cit., p. 200. Non è, quindi, un caso se anche il *consilium* del 1390 steso da una pattuglia di giuristi fiorentini sia stato pubblicato nella raccolta di *Consilia criminalia* stampata da Giovanni Battista Ziletti a Venezia nel 1572; cfr. *Consilia seu responsa ad causas criminales*, Venetiis, 1572, vol. I, ff. 8r-9v.

⁽³¹⁾ Si rinvia, almeno, a G. ANTONELLI, *La magistratura degli Otto di Guardia a Firenze*, in «Archivio Storico Italiano», CXII (1954), pp. 3-39.

⁽³²⁾ Cfr. M. SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 311.

⁽³³⁾ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 176.

⁽³⁴⁾ Non è un caso che questa percezione si acquisisca nel momento storico, situabile tra la fine del XIII e il XV secolo, del recupero, nelle città comunali dell'Italia centro-settentrionale, del penale come strumento di difesa della *respublica*: il *clipeus reipublicae* rintracciabile nei testi della tradizione giuridica romana. In particolare, nel *Codex*, all'altezza del libro IX, i compilatori giustinianeî inserirono frammenti di costituzioni imperiali su forme di lusso così sfrontate da costituire una seria minaccia alla

nefandezze morali, quali le forme di sessualità deviata o contro natura, la prostituzione, il gioco d'azzardo, la corruzione dei pubblici uffici e, naturalmente, l'ornato.

2. *La legislazione suntuaria.*

Nella Firenze tardomedievale — crocevia di floridi traffici commerciali, bacino rigonfio di ricchezze inimmaginabili — sono molti gli intellettuali che, in qualche maniera, toccano il problema dell'ornamento femminile e del suo sfoggio scellerato⁽³⁵⁾. E non serve interrogare chissà quali remoti indici o repertori di letteratura quando, già nella *Commedia*, Dante mette in bocca al personaggio di Forese Donati una curiosa invettiva contro «le sfacciate donne fiorentine». Nelle parole dell'amico e poeta Forese, Firenze è la Barbagia: terra rude, selvaggia e senza costumi, popolata da donne più impudiche di quelle che abitavano allora la vera Barbagia di Sardegna, proverbialmente disoneste e lascive. Ma la povera anima dannata ha già davanti agli occhi un tempo futuro, non molto lontano — Dante ambienta il suo viaggio oltremondano nella primavera del 1300 —, nel quale dai pulpiti delle chiese sarà proibito «con spiritali o altre discipline» alle sfacciate donne fiorentine di andarsene in giro «mostrando con le poppe il petto»⁽³⁶⁾.

Mai profezia «post eventum» fu tanto calzante. La Firenze del XIV secolo è una città comunale interessata da un autentico trionfo nella normazione del *sumptus*. Ordini, statuti e provvisori si susseguono a ritmo serrato dagli anni di coda del Duecento fino a tutti gli anni Ottanta del Trecento, con un crescendo che si conferma costante, in mezzo anche a drastici e repentini turbamenti politico-istituzionali; circostanza che pone in indubitabile risalto la natura — come si diceva — eminentemente legislativa del fenomeno.

Dopo una prima, fugace apparizione intorno agli anni Novanta del Duecento, quando alle donne viene ordinato di denunciare tutti i loro abiti sopra un certo valore, le sorti della legislazione suntuaria si intrecciano misteriosamente con quelle della più conosciuta legislazione antimagnatizia. Il primo varo degli Ordinamenti di Giustizia è del 18 gennaio 1293, mentre il primo provvedimento destinato specificamente a temperare il lusso femminile è di poco anteriore, 6 aprile 1292, completato più tardi, nel 1299, da una provvisione che istituiva

maestà imperiale; cfr. ASCHERI, *Tra storia giuridica e storia "costituzionale"*, cit., p. 204.

⁽³⁵⁾ Cfr. GUIMBARD, *Appunti sulla legislazione suntuaria*, cit., pp. 57-59.

⁽³⁶⁾ *Purgatorio*, XXIII, vv. 91-105.

una tassa su gioielli, vesti d'oro e d'argento e che assegnava la metà della multa al denunciante la violazione⁽³⁷⁾.

L'unione tra la legislazione suntuaria e la legislazione antimagnatizia verrà ribadita nell'aprile del 1308; dal verbale di una seduta consiliare, risulta messa ai voti la proposta di inserire le norme suntuarie direttamente nel codice organico degli Ordinamenti di Giustizia⁽³⁸⁾. Era il tempo del regime di secondo Popolo, quando imperava un'etica mercantile poco incline all'ostentazione e al lusso e si tentava, pertanto, anche di dissuadere i Popolani benestanti dall'imitare i Magnati nei comportamenti e negli abiti⁽³⁹⁾.

Tuttavia, di questa stagione antica di leggi sull'ornato non possediamo che minuti frammenti. Risale, invero, al 21 marzo 1307 la prima normativa suntuaria che lo scorrere corrosivo del tempo ha consegnato a noi nella sua integrità. Muovendo da un vecchio provvedimento approntato nel 1279 dal cardinale Latino Malabranca, il legislatore municipale si preoccupa, inizialmente, di regolamentare l'uso di copricapi da parte delle donne di età maggiore ai diciotto anni, privilegiando alle sanzioni spirituali ecclesiastiche i più dissuasivi mezzi coercitivi della pena pecuniaria e della responsabilità penale familiare.

La via di estendere la progressiva pubblicizzazione del penale anche al *sumptus* si conferma, agli occhi delle autorità cittadine, la strategia ottimale, tant'è che già il 19 marzo del 1318 si decide di allargare la regolamentazione dai copricapi al « complesso degli sfarzosi ornamenti del vestito femminile »⁽⁴⁰⁾.

Il materiale descritto fin qui si consolida, si stratifica, si incunea e si incarna dentro le fibre più sottili della *consuetudo municipalis*, fino a trasformarsi nella prima, grande raccolta di leggi statutarie fiorentine che possiamo leggere nella loro completezza. La rubrica 13, del libro quinto, dello Statuto del Capitano del Popolo del 1322-1325, introdotta da un sonoro preambolo⁽⁴¹⁾, è tutta votata a frenare le spese

⁽³⁷⁾ Cfr. KANTOROWICZ, *De ornatu mulierum*, cit., pp. 356-358.

⁽³⁸⁾ Archivio di Stato di Firenze (d'ora in avanti ASF), Libri Fabarum, 5: « In consilio Centum Virorum [...] quod ordinamenta edita contra mulierum ponantur in ordinamenta iustitiae et observari debeant tanquam ordinamenta iustitiae ».

⁽³⁹⁾ Cfr. sul punto la lettura che dà M.G. MUZZARELLI, *Gli inganni delle apparenze. Disciplina di vesti e ornamenti alla fine del Medioevo*, Milano, Paravia, 1996, pp. 112-113; prospettiva in parte mutuata da GUIMBARD, *Appunti sulla legislazione suntuaria*, cit., p. 61.

⁽⁴⁰⁾ GUIMBARD, *Appunti sulla legislazione suntuaria*, cit., pp. 71-72.

⁽⁴¹⁾ *Statuti della Repubblica fiorentina*, a cura di G. Pinto, F. Salvestrini, A. Zorzi, Firenze, Olschki, 1999, tomo I, *Statuto del Capitano del popolo degli anni 1322-1325*, V, rubrica 13 *De ornamentis perlarum, coronis vel vestibis non portandis*,

spropositate e a mantenere l'austerità dei costumi, trattenendo quanto possibile i cittadini dall'usanza di gareggiare nel lusso delle vesti, delle gioie, delle cerimonie e in ogni genere di vanità. Si pretende di regolare praticamente tutto. È vietato alle donne di portare corone di perle o di oro o di carta colorata e certi gioielli, a pena di lire cento e la confisca degli oggetti stessi. Sulle vesti non potevano neppure essere sovrapposti ornamenti cuciti, ricamati o a rilievo. Si legiferava sopra i bottoni, fissandone il numero e la qualità; quindi, sulle cinture, sulla lunghezza delle sottane, sopra il numero e il colore delle vesti del corredo della donna promessa in sposa, sui doni che lo sposo poteva fare alla sposa e su quelli che era concesso loro di fare agli amici. Persino i convivii nuziali erano regolamentati. Era compito dell'Esecutore e del Capitano fare osservare queste disposizioni.

Il nucleo forte della legislazione suntuaria, definito da sanzioni aggravate, solidarietà penale familiare allargata, esecuzione forzata e distruzione dei beni in caso di refrattarietà agli ordini, nonostante alcune vicissitudini legate alla congiuntura politica del momento⁽⁴²⁾, sopravvive e assume nuova veste, anche se alquanto inspessita e confusionaria, negli Ordinamenti del 1330, oggi andati perduti⁽⁴³⁾. Il rischio che quel nucleo forte possa essere compromesso e vanificato è nuovamente dietro l'angolo con l'insediamento al potere del duca d'Atene — che, nell'aprile del 1343 mitiga l'asprezza e delle misure antimagnatizie e di quelle reprimenti il lusso delle donne —, ma, ciò nonostante, il proposito di legiferare sulla materia prosegue la sua corsa, trovando spazio pure nella silloge statutaria del 1355; la prima, fra l'altro, a circolare, già l'anno successivo (1356), in una versione volgare redatta da Andrea Lancia, «per scansare in anticipo, dicono gli estensori, la spesso allegata scusa di ignoranza del latino»⁽⁴⁴⁾.

p. 206: «Ut pompe Florentinorum tollantur in quas occasione ornametorum et vestium lascive didicerunt incurrere, ob quas indecentes expensas temere subierunt».

(42) Nel 1326, gli Statuti del 1324 sono abrogati dal duca di Calabria al tempo del primo e fallimentare esperimento di potere signorile a Firenze. Cfr. G. VILLANI, *Cronica*, edizione curata da I. Moutier, F.G. Dragomanni, Firenze, Sansoni, 1845, X, cap. XI *Come alle donne di Firenze fu renduto certo ornamento*, p. 17.

(43) Il registro 26 delle Provisionsi è lacunoso per gli anni 1330-1333. Ne abbiamo, ciò nonostante, una vivida e preziosa descrizione in VILLANI, *Cronica*, cit., X, cap. 150 *Come i Fiorentini per loro ordini tolsono tutti gli ornamenti alle loro donne*, pp. 138-140.

(44) GUIMBARD, *Appunti sulla legislazione suntuaria*, cit., p. 69. Il testo è edito in *Legge suntuaria fatta dal comune di Firenze l'anno 1355 e volgarizzata nel 1356, da Andrea Lancia. Stampata ora per la prima volta per cura di Pietro Fanfani con note e dichiarazioni*, Firenze, 1815-1879.

Preceduta da appena un paio di interventi ⁽⁴⁵⁾, la *Prammatica* del 1384 suggella e sintetizza, stratificazione dopo stratificazione, questa prima, densissima stagione della legislazione suntuaria fiorentina, nel segno di « un'estrema pubblicizzazione della materia, cui fa da contraltare la radicalizzazione dell'atteggiamento delle autorità comunali nel campo degli ornamenti femminili » ⁽⁴⁶⁾.

Queste leggi, oltre a reiterazioni così ravvicinate nel tempo — segno inequivocabile della loro cronica difficoltà di attuazione — condividono anche un altro dato non da poco: la circostanza di essere, tutte, figlie della generale crisi del Trecento e di tradursi, così, in tanti tentativi, da parte delle autorità cittadine, di reagire agli sconvolgimenti di quegli anni; sconvolgimenti che facevano ravvisare financo nelle vesti una minaccia seria e da non sottovalutare all'ordine costituito. In fondo, la struttura sociale trecentesca « è una struttura scossa da mille inquietudini e tensioni, percorsa dalle violente convulsioni delle contese dinastiche o delle lotte di parte, dalla crisi spirituale e politica della Chiesa avignonese e dal suo scontro con l'Impero, e proprio da quelle fratture politiche e sociali riemerge con la sua aspirazione ad un'età nuova, perfino con elaborazioni programmatiche e sperimentazioni ideologiche operanti sul filo di un intellettualismo sospeso fra l'analisi di una situazione reale e l'evocazione di un sogno » ⁽⁴⁷⁾.

Date queste premesse, era inevitabile che la materia suntuaria incrociasse i difficili sentieri della revisione statutaria del 1409-1415: un grande e ambizioso progetto, promosso e attuato tra mille difficoltà — alcune delle quali mai completamente arginate — dall'élite di famiglie ottimate capitanate dagli Albizzi, succedute fra il 1382 e il 1393 all'ultimo regime corporativo-artigiano nel governo della *civitas-respublica*; progetto che era animato da un forte desiderio di riscrittura dell'*ordo*, quando, all'orizzonte, la crisi delle supreme gerarchie medievali stava favorendo la nascita di nuove compagini territoriali di potere e bisognava, nel caso specifico di Firenze, adeguare il secolare

⁽⁴⁵⁾ Quelli del 1373 e del 1377, cui accennano CAVALLAR, KIRSHNER, « *Licentia navigandi* », cit. Cfr. pure E. POLIDORI CALAMANDREI, *Le vesti delle donne fiorentine nel Quattrocento*, Firenze, La Voce, 1924, p. 27; nonché il prezioso elenco di provvedimenti suntuari emanati a Firenze tra il XIII e il XVI secolo compilato in forma di appendice da RAINEY, *Sumptuary Legislation in Renaissance Florence*, cit., pp. 648-656, in particolare, p. 651.

⁽⁴⁶⁾ GUIMBARD, *Appunti sulla legislazione suntuaria*, cit., p. 65. Cfr. pure *Alcune rubriche della prammatica sopra il vestire promulgata dalla Repubblica fiorentina nel 1384*, a cura di P. Papa, in Nozze Cian-Ciappa, Bergamo, 1894, pp. 131-150.

⁽⁴⁷⁾ D. QUAGLIONI, *Prefazione*, in UBERTO DA CESENA, *Quaestio disputata Bononie*, cit., p. VI.

tessuto di *leges municipales* al mutato paesaggio, non più urbano e comitatino, ma regionale — paesaggio che gli stessi Albizzi avevano contribuito più di ogni altro regime a tracciare in termini di espansione e incorporazione degli spazi territoriali⁽⁴⁸⁾.

Di primo acchito, la materia non sembra trovare una distribuzione uniforme ed organica all'interno del nuovo — e fra l'altro anche ultimo — contenitore statutario. Nel libro quarto, alla sezione *De extimis* — che chiude la disciplina specifica di ciascuna delle Arti —, segue una silloge neppure particolarmente estesa, intitolata *De prohibitis ornamentis mulierum*. Malgrado la sonora titolazione in latino, il testo è redatto in volgare. La trattazione è subito completata da tre sezioni più corpose dedicate rispettivamente a *Ordinamenta circa sponsalia et nuptias*, *De exequiis mortuorum* e *De baptisate*: si tratta, principalmente, di disposizioni su riunioni di persone in occasione di spozalizi, funerali o battesimi e dove la preoccupazione del legislatore municipale è sollecitata dai disordini che, sovente, nascevano in contesti simili⁽⁴⁹⁾.

I filamenti che compongono la trama normativa sono, in gran parte, ancora quelli tessuti durante tutto il secolo appena trascorso. Nel caso particolare dell'ornato femminile, l'occhio dei compilatori statutari cade, invasivo, sopra ogni singolo dettaglio vestiario, seguendo un elenco ritmico e pedante di «perle, nachere, pietre preziose, collari, formagli, giornee, mantelli, mantellini [...]»⁽⁵⁰⁾ e che viene, quasi, a rappresentare, per l'osservatore dei giorni nostri, un accurato trattatello sul coloratissimo microcosmo dell'abbigliamento femminile in un città del primo Quattrocento. Confermata è, pure, la tradizionale esenzione dai divieti accordata alle donne «de' cavalieri, dottori di legge canonica e civile, o delle arti, o di medicina, e fanciulle minori di anni dieci»⁽⁵¹⁾; con un significativo accomodamento

⁽⁴⁸⁾ Quello della fortissima correlazione tra riscrittura dell'*ordo* e riscrittura delle regole statutarie è un argomento estremamente interessante e delicato che qui, per motivi di spazio, non possiamo purtroppo trattare; si rinvia alle puntuali osservazioni contenute nel volume di L. TANZINI, *Statuti e legislazione a Firenze dal 1355 al 1415. Lo Statuto cittadino del 1409*, Firenze, Olschki, 2004.

⁽⁴⁹⁾ Statuti di Firenze del 1415, consultati nell'edizione a stampa *Statuta Populi et Communis Florentiae Publica Auctoritate Collecta Castigata et Praeposita Anno Salutis MCCCCXV*, Friburgi [i.e. Firenze] apud Michaellem Kluck [i.e. Stamperia Bonduciana], 1777-1781 [i.e. 1783], 3 voll., in particolare, vol. II, pp. 357-390.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, pp. 357-359.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 359. Sulle esenzioni o privilegi, cfr., con particolare riferimento alla vicenda bolognese, M.G. MUZZARELLI, *La disciplina delle apparenze. Vesti e ornamenti nella legislazione suntuaria bolognese fra XIII e XV secolo*, in *Disciplina dell'anima, di-*

delle stesse alla recente dimensione territoriale della *civitas-respublica*, per cui sono ammesse a beneficiare delle esenzioni:

le femmine forestiere, le quali non sieno abitate nella città, o contado, o distretto di Firenze per tempo almeno di quattro mesi continui, o quasi continui, ma passato il detto tempo di quattro mesi, le dette donne, fanciulle, o femmine forestiere si comprendono, e sieno astrette ad osservare i detti ordini, come qualunque fanciulla, donna, o femmina, cittadina, contadina, o distrettuale sotto le pene, come di sotto si dirà⁽⁵²⁾.

Allo stesso modo, può considerarsi un retaggio della stagione legislativa pregressa la scelta di ricomprendere fra i destinatari delle proibizioni gli artigiani dediti per mestiere alla lavorazione delle materie prime destinate alla produzione delle vesti «messe all'indice».

Così come risulta confermata la scelta di punire i trasgressori comminando sanzioni pecuniarie, assumendo una forma ibrida, di gabella frammista a pena. Una sorta di tassa punitiva sul lusso.

E, ancora, l'efficacia dissuasiva degli ordini continua ad essere affidata alla solidarietà familiare nella pena⁽⁵³⁾.

Questa continuità con la tradizione trecentesca è, tuttavia, in parte smussata dal modo di procedere pensato per chiunque abbia in animo di violare detti ordinamenti. La procedura — tratteggiata sia nella parte conclusiva della sezione volgare *De prohibitis ornamentis mulierum*, che in alcune rubriche più convenzionalmente redatte in latino, pensate come ad integrare, sotto la curiosa dicitura *Diversorum*, tutte e tre le precedenti sezioni dedicate complessivamente alla materia suntuaria — appare, infatti, tutta quanta all'insegna della più recente propensione ad amministrare una giustizia sommaria, svincolata dallo stesso diritto statutario nonché dal diritto comune, a irrobustire una tendenza già in nuce nella normativa trecentesca⁽⁵⁴⁾.

Viene, così, accordata ai Rettori forestieri (Podestà, Capitano, Esecutore) e, proprio per il problema dell'ornato femminile, anche, significativamente, a «qualunque ufficiale, e officio della città di Firenze, cittadino, o forestiere»⁽⁵⁵⁾, la facoltà di agire:

sciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna, a cura di P. Prodi, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 757-784.

⁽⁵²⁾ Statuti di Firenze del 1415, IV, *De prohibitis ornamentis mulierum*, vol. II, pp. 359-360.

⁽⁵³⁾ Ivi, pp. 360-362.

⁽⁵⁴⁾ Cfr., sulle anticipazioni trecentesche, i saggi, già citati, di GUIMBARD e CAVALLAR, KIRSHNER.

⁽⁵⁵⁾ Statuti di Firenze del 1415, IV, *De prohibitis ornamentis mulierum*, vol. II, p. 363.

Di fatto, e in maniera sommaria, in qualunque tempo, anche in un giorno festivo, senza osservare alcuna solennità né di diritto comune né di diritto statutario. Né si potranno richiedere pareri legali in merito a queste disposizioni e alla loro attuazione. Né si potrà ricorrere in appello per la cassazione dei provvedimenti che verranno presi sulla base di quelli, in nessuna maniera, tacita, espressa, diretta o indiretta⁽⁵⁶⁾.

Questi ordinamenti ne escono come blindati. Vengono, persino, sottratti ad una qualunque verifica da parte dei giuristi⁽⁵⁷⁾. E si intende fare altrettanto con quanti hanno il compito di curare la loro attuazione. I Rettori sono, infatti, in questa veste, immuni dal sindacato tranne che per furto e baratteria⁽⁵⁸⁾. Sono, viceversa, sindacabili per profili di negligenza nella corretta ed irreprensibile applicazione di tali disposizioni. La suddetta blindatura pare trovare un'ulteriore conferma nella rubrica 16 dei *Diversorum*, dove si esonerano persino la Signoria e i Collegi, cioè i massimi uffici, dal concedere licenze su quanto stabilito negli ordinamenti o dal prendere provvedimenti in senso contrario a quello che gli ordinamenti dicono, a pena di lire cinquecento; sanzioni da riscuotersi a mezzo dell'Esecutore, da sempre responsabile della procedura di sindacato⁽⁵⁹⁾.

Le sezioni del libro quarto non esauriscono, tuttavia, la materia suntuaria. Nel libro quinto, trattato primo, ossia nella apposita sezione sui tre Maggiori (i Signori e i due Collegi), troviamo, infatti, una rubrica meritevole di attenzione. Essa, ancora una volta, attesta la tendenza da parte della Signoria a sottrarre settori di intervento ai tradizionali giurisdicenti forestieri, per devolverli a magistrature di nuovo conio, che rispondessero a lei direttamente⁽⁶⁰⁾. Infatti, la di-

⁽⁵⁶⁾ Ivi, IV, *Diversorum*, rubrica 5 *De modo procedendi contra delinquentes circa ordinamenta predicta, et similia*, vol. II, pp. 383-384. Testo originale latino.

⁽⁵⁷⁾ Diversamente sembrano pensarla CAVALLAR, KIRSHNER, «*Licentia navigandi*», cit., p. 220, nota n. 107.

⁽⁵⁸⁾ Sul sindacato, cfr. M. ISENMANN, *From Rule of Law to Emergency Rule in Renaissance Florence*, in *The Politics of Law in Late Medieval and Renaissance Italy*, edited by L. Armstrong, J. Kirshner, Toronto, University of Toronto Press, 2011, pp. 55-76.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Statuti di Firenze del 1415, IV, *Diversorum*, rubrica 16 *De licentia non danda contra praedicta ordinamenta*, vol. II, pp. 388-390. Molto particolareggiata, e decisamente severa e dissuasiva, anche la disciplina che la apposita sezione *De prohibitis ornamentis mulierum* riserva ai Signori i quali non osservassero le regole sulle licenze (pp. 362-363).

⁽⁶⁰⁾ Ivi, V, I, rubrica 139 *Quod domini cum collegiis possint providere super reprimendo committentes maleficia, et contra ornamenta mulierum*, vol. II, pp. 627-629. Il quadro tratteggiato dagli Statuti resta, comunque, non scevro di contraddizioni at-

sposizione riconosce ai Signori Priori e Gonfaloniere di Giustizia, insieme con i Collegi, la facoltà di eleggere, ogniqualvolta ce ne sarà bisogno, quattro o più cittadini fiorentini di fede guelfa con il compito di reprimere gli eccessi nel modo di vestire e di indossare ornamenti e gioielli da parte delle donne, soprattutto in occasione di cerimonie nuziali, in città e nel contado. A questo si aggiunge l'impegno a controllare, per ragioni di "ordine pubblico", le riunioni familiari — «congregationes multarum gentium» — occasionate da matrimoni ed esequie⁽⁶¹⁾.

Chiariti i margini di intervento dei quattro magistrati, si dà loro facoltà di legiferare in materia suntuaria, compilando appositi ordini e deliberazioni, e curando la loro attuazione. Ordini e deliberazioni che, comunque, i quattro ufficiali sono tenuti a sottoporre al vaglio della magistratura di vertice, cioè la Signoria, affinché questa possa poi tradurli, entro sei giorni, in una provvisione della Repubblica, passando per l'approvazione dei Consiglieri. È il 1415. I quattro ufficiali incaricati, in forza della detta rubrica, di rivedere tutta la normativa contro l'ostentazione del lusso accumulatasi fra il 1322 e il 1384, non vengono, di fatto, istituiti prima del 1427 con il nome di *Officiales super ornamentis mulierum*⁽⁶²⁾. Così come la legislazione suntuaria non verrà promulgata prima del 3 settembre, al culmine dell'esperienza di governo degli Albizzi:

teso che, di contro alla tendenza appena enunciata, la sezione specificamente dedicata alla materia suntuaria, alla rubrica 4 *De deputatione notarii* prevede che Podestà, Capitano, Esecutore e Giudice degli Appelli indirizzino quantomeno uno dei loro notai «super executione dictorum ordinamentorum, et ad inveniendum, et refrenandum eisdem contrafacientes in aliquo predictorum ordinamentorum» (vol. II, p. 383).

⁽⁶¹⁾ Non era la prima volta che le autorità fiorentine investigavano della giurisdizione sull'ornato femminile un cittadino piuttosto che uno dei Rettori forestieri già esistenti. Con gli Ordinamenti suntuari di Bartolomeo da Castelfiorentino del 7 marzo 1330 veniva, infatti, istituito l'Ufficiale delle Donne che, una volta eletto «per Priores et Vexilliferum et Duodecim», sarebbe durato in carica sei mesi. Il primo a ricoprire l'incarico fu, il 18 aprile di quell'anno, «sapiens vir Ser Matheus Bochacerie de Eugubio officialis deputatus super ornamentis devetatis». La magistratura cittadina ebbe, tuttavia, alterne vicende, che ne decretarono il repentino declino. Già negli anni Quaranta del Trecento, invero, l'Ufficiale delle Donne fu progressivamente svuotato di qualunque sua originaria competenza, a tutto vantaggio dei tradizionali Rettori forestieri che, in alternazione, si videro investiti, dalle autorità, dell'esclusività operativa in campo suntuario. Cfr. sul punto GUIMBARD, *Appunti sulla legislazione suntuaria*, cit., pp. 76-79.

⁽⁶²⁾ ASF, Provvisioni, Registri (d'ora in avanti PR), 118, cc. 15v-17r (20 ottobre 1427), consultabili digitalizzati sul sito www.archiviodistato.firenze.it/archividigitali/complesso-archivistico.

I magnifici e potenti Signori Priori [...], esaminati con attenzione gli ordini e le deliberazioni fatti da quei nobili uomini che in volgare sono denominati 'gli ufficiali sopra raffrenare gli ornamenti e vestiti delle donne', raccolti e distribuiti in ventotto capitoli [...] Considerate l'autorità e la balia concessa ai detti ufficiali per rivedere la legislazione suntuaria [...] E considerato l'impegno profuso dai detti ufficiali nel tenere a freno, con il massimo desiderio di onestà, la barbara e indomita bestialità delle donne, le quali non ricordano la loro naturale fragilità e la loro sottomissione agli uomini, capaci di mutare il loro senso di pravità in reprobata e diabolica natura, costringono, con i loro melliflui venefici, gli uomini stessi a soccombere, immemori del fatto che portano in grembo gli uomini generati dal perfetto seme naturale degli stessi uomini, e che non è conforme alla natura delle cose un simile eccesso negli ornamenti, anche perché fa desistere gli uomini dal prenderle in sposa. E così facendo, è lo stesso genere umano a risentirne, poiché le donne sono state create per riempire di prole la città e per preservare la castità nel matrimonio, non per eccedere nel lusso dell'oro, dell'argento, delle vesti o delle gemme. Dio, che è maestro della natura delle cose, non ha forse detto: 'Crescete e moltiplicatevi e riempite la terra, e assoggettatela'. E i detti Signori, con i Collegi [...], considerati i suddetti capitoli [...] affinché la città sia riformata secondo i buoni costumi e la bestiale audacia delle donne sia raffrenata, e per altri giusti motivi [...] approvano e confermano i suddetti capitoli⁽⁶³⁾.

In definitiva, quel che si ricava dai documenti, è una legislazione alquanto severa, resa necessaria dalla riconosciuta immoralità di detti comportamenti, specialmente da parte delle donne. Una immoralità

⁽⁶³⁾ ASF, Deliberazioni dei Signori e Collegi, Ordinaria Autorità, 42, cc. 5v-6r (3 settembre 1433). Il testo originale latino è edito in G.A. BRUCKER, *Firenze nel Rinascimento*, Firenze, La Nuova Italia, 1980, pp. 346-347. L'esistenza degli Ufficiali sopra gli ornamenti delle donne fu, comunque, travagliata fino praticamente ad uscire di scena dopo gli anni Sessanta del Quattrocento. Per il resto — e per quel che più conta — la *iusdictio* sulla materia suntuaria, dopo il 1433, risulta distribuita, di volta in volta, non più tra i Rettori forestieri ma, nell'ottica di una maggiore concentrazione del potere nelle mani della Signoria e delle famiglie ottimazie su di quella influenti, tra i diversi uffici cittadini, tecnicamente preposti a mansioni di tutt'altro genere, pur avendo sempre a che vedere con il più generale e onnicomprensivo obiettivo della tenuta dell'*ordo civitatis*. Vediamo, così, coinvolti, in ordine di tempo, gli Ufficiali di Notte (1439), i regolatori della Camera del Comune (1449), i Conservatori delle Leggi (1459) che, dopo un fugace ritorno degli Ufficiali sopra gli ornamenti delle Donne (1467) manterranno, a far data dal 29 febbraio 1472, la giurisdizione sulla materia suntuaria per tutto il XVI secolo. Cfr., per questi aspetti, RAINEY, *Sumptuary Legislation in Renaissance Florence*, cit., pp. 454-464. Pare che anche il magistrato degli Otto di Guardia, dal 1478 massimo tribunale criminale della Repubblica fiorentina, abbia avuto un ruolo nel far osservare la legislazione suntuaria. Cfr. al riguardo ANTONELLI, *La magistratura degli Otto di Guardia a Firenze*, cit., p. 30, nota n. 79.

che bisognava categoricamente rimuovere perché potenzialmente idonea a sovvertire l'ordine naturale delle cose, tracciato dalla mano sicura di Dio ⁽⁶⁴⁾, cui la *civitas* stessa e, ormai — come vedremo — tutto il Dominio territoriale del quale la *civitas Florentiae* rappresentava il centro, doveva conformarsi.

Certamente, a una siffatta concezione dovette contribuire non poco «quel programma di *reformatio* dei costumi pubblici e privati che si esprime soprattutto nella grande predicazione osservante, che avrebbe voluto trasformare l'Italia e l'Europa tutta, preda di una 'confusio mundi', in un unico chiostro» ⁽⁶⁵⁾.

Era questa la visione di Giovanni da Capestrano ⁽⁶⁶⁾, condivisa, insieme a lui, da Bernardino da Siena, Giacomo della Marca, Bernardino da Feltre ⁽⁶⁷⁾. Tutti importanti esponenti dell'Ordine dei Minori Osservanti di San Francesco ⁽⁶⁸⁾, che, durante il XV secolo, batterono in lungo e in largo l'Italia, a fare esattamente ciò che, nell'immaginario letterario, Forese Donati aveva preconizzato a Dante per Firenze: interdire, dai pergami delle chiese, le sfacciate donne dal mostrare il seno, obbligandole, quindi, ad andare in giro coperte, sotto la minaccia di «spiritali o altre discipline». L'efficacia oratoria e la capacità persuasiva dei predicatori osservanti unite alla legislazione municipale sono alla base dell'offensiva moralizzatrice del primo Quattrocento.

Molteplici e varie le ragioni che i predicatori francescani adducono a detrimento del *sumptus*. No agli strascichi — «caudae» —: essi sono come la coda del diavolo, inutile orpello che accorcia la di-

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Statuti di Firenze del 1415, IV, rubrica 15 *Quod fiat excommunicatio per episcopum*, vol. II, p. 388, dove si ammette la possibilità che il Vescovo o un suo vicario pronunci una sentenza di scomunica, «specialiter, et nominatim contra omnes, et singulos homines, et personas mittentes, seu recipientes palam, vel occulte perlas, lapides pretiosos, nacheros, drappos ad aurum, vel argentum contra formam praedictorum ordinamentorum».

⁽⁶⁵⁾ QUAGLIONI, *Prefazione*, cit., p. V.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. il sermone *De praerogativis status religiosi* (1451), edito in L. LUSZCZKI, *De sermonibus s. Joannis a Capistrano. Studium historico-criticum*, Romae, Pontificium Athenaeum Antonionum, 1961, n. 361, p. 86.

⁽⁶⁷⁾ Vedi la ricca bibliografia menzionata in M.G. MUZZARELLI, «*Contra mundanas vanitates et pompas*». *Aspetti della lotta contro i lussi nell'Italia del XV secolo*, in «*Rivista di Storia della Chiesa*», XL (1986), pp. 371-390, in particolare, p. 371, nota n. 2.

⁽⁶⁸⁾ La predicazione osservante, soprattutto francescana, esercitò un peso non indifferente nella costruzione della Modernità e nella definizione dei suoi due pilastri fondamentali, che sono il micro-soggetto individuo proprietario da una parte, e il macro-soggetto pubblico Stato dall'altro. Cfr. sul punto P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 67-74.

stanza dell'uomo dalla bestia, sono antigienici perché raccolgono solo la polvere delle vie, e sono antieconomici perché costringono il personale di servizio a dedicare ore del loro lavoro a pulirli e a rammenarli. No al belletto e ai tacchi alti perché, mascherando i tratti del volto i primi e rendendo all'apparenza più alti i secondi, tradiscono le forme secondo le quali Dio ci ha reso creature simili a lui. L'ornamento altera il proprio *status* sociale. Si aggiunge che il tempo è prezioso; dunque, non va sprecato nella cura delle vesti e del corpo, che presto saranno cibo e consolazione dei vermi della terra. Similmente, il lusso rende incerta la disponibilità del patrimonio di famiglia per il futuro, a tutto vantaggio degli usurai e dei nemici della cristianità come gli ebrei⁽⁶⁹⁾. Quindi, il lusso porta gli uomini a peccare di lussuria; riduce i mariti sul lastrico e li incentiva, per di più, a praticare la sodomia. Infine, il cattivo uso della ricchezza è irrispettoso verso chi è povero. In particolare, per Bernardino da Siena, la mancata solidarietà nei confronti di chi è privo del necessario è causa del « disfacimento d'una città »⁽⁷⁰⁾.

Ragioni di carattere economico si intrecciano, dunque, a ragioni di carattere morale nei sermoni e negli scritti dei predicatori francescani. Ma economia e morale convergono, entrambe, in un'unica, grande ragione di fondo, che è la tenuta dell'*ordo*; quell'*ordo* « che fra Tre e Quattrocento, da fisso qual era e specchio della perfetta ed innata volontà di Dio, appare sempre più insidiato e conseguentemente sempre meno rispettati i suoi simboli »⁽⁷¹⁾. Se non si interviene prontamente, c'è il rischio che tutto quanto precipiti nel disordine. È « el disordine è peccato », urla Bernardino da Feltre dal pulpito; « Serva ergo ordinem, serva, aliter Deus dicit: Quia non servasti ordinem, descendi in profundum inferni, ubi nullus est ordo. Và zo sine ordine, sicut sine ordine peccasti »⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ È a tutti nota la feroce campagna, a sfondo antisemita, condotta dagli stessi predicatori francescani contro la pratica di prestare denaro a interesse, di regola appaltata dalle autorità civili ai mercanti ebrei stante il precetto canonico che proibiva detta prassi ai cristiani, e che portò in alcune città all'istituzione dei Monti di Pietà. Utili spunti di riflessione in D. QUAGLIONI, « *Christianis infesti* ». *Una mitologia giuridica dell'età intermedia: l'ebreo come "nemico interno"*, in « *Quaderni fiorentini* », 38 (2009), *I diritti dei nemici*, pp. 201-224.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. MUZZARELLI, « *Contra mundanas vanitates et pompas* », cit., pp. 373-381.

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 383.

⁽⁷²⁾ *Sermoni del beato Bernardino Tomitano da Feltre (nella redazione di Bulgarino da Brescia)*, a cura di P.C. Varischi Da Milano, 3 tomi, Milano, 1964, tomo II, sermone 100: *De vanitatibus et pompis*, p. 124.

Logicamente, l'ornato femminile va condannato e represso, soprattutto, in quanto comportamento proteso a sovvertire, alterare, la realtà e l'ordine delle cose. Pertanto, si attenta all'*ordo* quando le donne, per apparire più alte, decidono di indossare tacchi o quando, per accentuare se non addirittura modificare i tratti del volto, scelgono di ricorrere al trucco, pervertendo così le armoniose, geometriche, proporzioni somatiche definite dalla mano di Dio «creator omnium». Parimenti, rientra nella logica del rispetto dell'ordine il divieto categorico di mascherarsi, anche in occasione del carnevale. A Firenze, in particolare, era proibito indossare abiti maschili da parte delle donne e viceversa, a pena della fustigazione, da eseguirsi in pubblico partendo dal palazzo della Signoria e camminando fino al luogo dove era stato trovato il colpevole⁽⁷³⁾.

Relativamente a questi specifici aspetti, dunque, l'ornato femminile non poteva non subire la severa repressione da parte delle autorità civili e religiose. C'erano, tuttavia, altri aspetti sui quali, soprattutto tra la fine del Trecento e poi lungo tutto il Quattrocento, fu sperimentata, da parte di quelle stesse autorità, una differente strategia di intervento. A Firenze, in particolare, gli uomini di governo, valutata la sostanziale inefficacia della rigida normativa trecentesca che comminava pene estremamente dure contro i sovvertitori dell'ordine morale, presero coscienza del fatto che alcune pratiche viziose non potevano essere eliminate tale era il loro grado di radicamento nel tessuto sociale urbano ed extra-urbano⁽⁷⁴⁾. Il risultato è un atteggiamento che alla repressione degli anni passati sostituisce o unisce un maggior disciplinamento «nella sua duplice funzione di attitudine all'obbedienza da parte del soggetto e di capacità di esercitare il comando da parte dell'autorità»⁽⁷⁵⁾, con lo scopo di promuovere un adeguamento dei comportamenti dei *cives* all'*ordo civitatis* così come interpretato in quel preciso momento storico dall'autorità politica.

⁽⁷³⁾ Cfr. *Statuti della Repubblica fiorentina*, cit., tomo I, *Statuto del Capitano del popolo degli anni 1322-1325*, V, rubrica 82 *De modo eundi ad stufas*. Come chiarisce MUZZARELLI, «*Contra mundanas vanitates et pompas*», cit., p. 375: «Si tratta di un divieto antichissimo — contenuto già nel Deuteronomio (22, 5) — ancora basato nel XV secolo sul terrore generato dal ribaltamento dei ruoli e delle posizioni all'interno di un ordine che si riteneva pericoloso mutare».

⁽⁷⁴⁾ Cfr. sul punto M.S. MAZZI, *Cronache di periferia dello stato fiorentino: reati contro la morale nel primo Quattrocento*, in «Studi Storici», XXVII (1986), pp. 609-635, in particolare, p. 612.

⁽⁷⁵⁾ P. SCHIERA, *Legittimità, disciplina, istituzioni. Tre presupposti per la nascita dello Stato moderno*, in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 17-48, in particolare, p. 21.

L'ornamento femminile, di regola proibito, è dunque consentito purché asseondi il criterio della moderazione⁽⁷⁶⁾ e, poi, purché, nella descritta ottica di disciplinamento, asseondi tre finalità.

La prima è quella di sfruttare, abbandonando ogni moralismo, la legislazione suntuaria e l'annesso catalogo di pene, soprattutto, pecuniarie, per soddisfare le necessità finanziarie della macchina governativa; c'era, in pratica, in quegli anni, il problema di rintracciare nuovi canali di finanziamento al fine di rimpinguare le casse pubbliche disanguate dal numero impressionante di guerre sostenute sotto il regime degli Albizzi per la costruzione del Dominio territoriale. Un aspetto, questo del concedere esenzioni dai divieti suntuari mediante il pagamento di una somma di denaro al Comune, che possiamo leggere, a chiare lettere, proprio nell'ultimissima parte della apposita sezione *De prohibitis ornamentis mulierum*, nel libro quarto, degli Statuti fiorentini del 1415:

Salvo espresso, e dichiarato nelle sopraddette, e intorno alle sopraddette cose, e ciascuna di quelle, che qualunque donna femmina, o fanciulla volesse portare, o far portare i sopraddetti vestimenti, perle, anella, o fare, o far fare altre cose proibite di sopra per i presenti ordinamenti, o alcuna di quelle, e pagherà con effetto ai camarlinghi della camera del comune di Firenze fiorini cinquanta d'oro per nome di gabella, allora, et in quel caso possa, et a lei, e a quella, per chi avesse pagato, possa, et a lui sia lecito portare ogni vestimento, perle, anella, e cose proibite, e senza veruna pena per tempo, e termine di un anno, incominciando dal dì del fatto pagamento, e non più, e nel detto caso del detto fatto pagamento, sia lecito ad ogni sarto, vaiaio, orafo e ricamatore, o a ciaschedun altra persona fare, tagliare, e cucire, e lavorare, e far fare per quella così fatta donna femmina, o fanciulla, e a suo dosso, e a suo uso ogni robba, e vestire, e altre cose delle soprascritte cose proibite, e non altrimenti⁽⁷⁷⁾.

La seconda finalità che le istanze di disciplinamento mirano a raggiungere attraverso la legislazione suntuaria è distinguere la condizione sociale e la dignità delle persone⁽⁷⁸⁾. Pressoché tutti gli ordini

⁽⁷⁶⁾ È la «modestia in exteriori apparatu» di cui parla San Tommaso d'Aquino nella *Summa Theologiae, secunda secunde, quaestio 169*, poi ripresa, come fonte autorevole, da tutti i nostri giuristi (Uberto, Giovanni, Alberico, Pietro) e persino dal francescano Giovanni da Capestrano nel suo *Degli ornamenti specie delle donne*, Siena (I classici italiani), 1956, p. 170.

⁽⁷⁷⁾ Statuti di Firenze del 1415, IV, *De prohibitis ornamentis mulierum*, vol. II, p. 365. Pur di fare cassa, non si aveva, insomma, remora alcuna nello statuire in maniera eccezionale rispetto a quello che era l'indirizzo di pensiero maggioritario, esasperato dalla predicazione osservante.

⁽⁷⁸⁾ Sulle pratiche di distinzione sociale attraverso l'abito, interessanti spunti di

suntuari compilati a Firenze nel Quattrocento tradiscono il bisogno di soddisfare questa esigenza: «ricorrere alla coattività [noi potremmo ben dire alla pena come strumento di disciplinamento] per conservare nel modo di vestire l'espressione delle differenze sociali»⁽⁷⁹⁾. Lo prova la presenza, nel fondo *Statuti del Comune di Firenze*, dell'Archivio di Stato, di un duerno cartaceo datato 1467, dunque in pieno regime mediceo, intitolato, significativamente, *Statuti de contadini. Ordini di vestire sopra i contadini*. Dal protocollo si evince che questi ordini furono compilati da cinque Ufficiali sugli ornamenti e vestiti, «che deono cominciare ad osservarli in kalende di gennaio proximo futuro MCCCCLXVII in data 30 maggio 1467 e scritti dal notaio Ugolino di Neri»⁽⁸⁰⁾. E sui quali avremo modo di ritornare.

Lo prova, quindi, una provvisione del 1472 — quando, ormai, a Firenze, il dominio sulla città e quello sul territorio convergevano nella persona di Lorenzo il Magnifico — che vietava a quanti esercitavano «opera rusticalia», e cioè ai contadini, e alle rispettive mogli, figlie e figli, panni di seta e drappi di grana, ossia tinti di rosso; limitava, financo, il numero di decori che le donne erano autorizzate a portare⁽⁸¹⁾.

Lo prova, infine, una revisione di capitoli statutari decisa dalle autorità di Arezzo — comunità soggetta al Dominio territoriale fiorentino dal 1384 — il 25 maggio 1438 e definita solo un anno più tardi, il 29 aprile 1439. Di questi capitoli, il tredicesimo è intitolato *De vestibus muliebribus* e propone un panorama sociale irretito dentro tre gruppi che sono, nell'ordine, il gruppo dei giurisperiti e dei nobili, il gruppo degli artefici minori, il gruppo, infimo, del volgo⁽⁸²⁾. Torneremo di seguito sulla revisione dei capitoli statutari di Arezzo del 1439, in particolare di quello suntuario, per rilevarne l'importanza ai fini della costruzione del Dominio territoriale fiorentino e del pro-

riflessione in M.G. MUZZARELLI, «*Noscere ordinem et finem sui status*». Il valore delle vesti nella società patriarcale del tardo Medioevo, in *Problemi di identità tra Medioevo ed Età moderna*, a cura di P. Prodi, V. Marchetti, Bologna, Clueb, 2001, pp. 105-115.

⁽⁷⁹⁾ L. PISETZKI, *Moda e costume*, in *Storia d'Italia*, V, Torino, Einaudi, 1973, p. 940 e ss., in particolare, p. 944.

⁽⁸⁰⁾ ASF, Statuti del Comune di Firenze, 34, cc. 31r-33r.

⁽⁸¹⁾ Cfr. A. FIORENTINI CAPITANI, S. RICCI, *Considerazioni sull'abbigliamento del Quattrocento in Toscana*, in *Il costume al tempo di Pico e Lorenzo il Magnifico*, Milano, Charta, 1994, pp. 51-75.

⁽⁸²⁾ Cfr. sul punto L. BERTI, *I capitoli "De vestibus mulierum" del 1460 ovvero "status" personale e distinzioni sociali nell'Arezzo di metà Quattrocento*, in *Studi in onore di Arnaldo D'Addario*, a cura di L. Borgia, A. D'Addario, Lecce, Conte Editore, 1995, 4 voll., pp. 1171-1214, in particolare, pp. 1177-1179.

getto, coltivato dalla Dominante, di una morale accentrata e il più possibile uniforme alle varie, molteplici, comunità soggette.

Pure nel soddisfacimento di questa particolare esigenza di assicurare per le vesti ciascuno al posto che naturalmente occupa nell'ordine sociale, si può cogliere la già rilevata sinergia tra predicazione osservante e legislazione municipale. Arringando le folle raccolte sulla piazza del Campo a Siena, nel 1427, « con una sensibilità quasi da semiologo »⁽⁸³⁾, Bernardino da Siena gridava a gran voce:

A chi si conoscono le buttighe, eh? A le insegne [...] A chi si conosce una donna quando ella è buona? A la portatura sua. Così si conosce la bottiga di quello lanaiuolo al suo segno [...] Quello di fuore dimostra quello ch'è dentro. A lo strinsico puoi cognoscere lo intrinseco⁽⁸⁴⁾.

Sotto questo profilo, non solo la dottrina — di cui i quattro *doctores* recuperati grazie all'edizione critica qui in commento rappresentano un fulgido esempio —, ma anche, e forse più della dottrina stessa, la legislazione municipale « offre all'interprete l'occasione per cogliere il ruolo del diritto in una materia in cui i principi teologici e le maglie della libertà morale individuale vengono a strettissimo contatto, fino a delinearne *status* giuridici differenti, destinati a tramutarsi, con il pensiero giuridico moderno, in ceti »⁽⁸⁵⁾.

La terza, e ultima, finalità del disciplinamento attuato mediante le leggi suntuarie è impedire il peccato, in particolare il peccato di sodomia. Anche qua è possibile toccare con mano il supporto, quasi il nutrimento retorico, dato al legislatore municipale dagli agguerriti predicatori. Di nuovo, Bernardino da Siena punta il dito contro la vanità femminile, causa della crisi del matrimonio, vuoi perché le vesti costose, gravando sulle doti, distolgono gli uomini dal prender mo-

⁽⁸³⁾ MUZZARELLI, *Gli inganni delle apparenze*, cit., p. 147.

⁽⁸⁴⁾ *Prediche volgari sul Campo di Siena. 1427*, a cura di C. Delcorno, Santarcangelo di Romagna, Rusconi, 1989, 2 voll., pred. XXXVII *Come ogni cosa di questo mondo è vanità*, pp. 1068-1098. Ma si veda, sempre su questi segni grammaticali dell'appartenenza a *status* sociali precisi e immodificabili, anche Bernardino da Feltre: « Imperator [...] minus nobiliter debet indui quam Christus et sacerdotes [...] Reges minus, marchiones, Duces, minus, Signor et Signorie minus? Milites et Eques vien zo; Doctor, vien zo, cives nobiles, vien zo: artifices, vien zo; zente minuti, vien più zo »; vedi *Sermoni del beato Bernardino Tomitano da Feltre*, cit., vol. 2, *sermo* 100, p. 124.

⁽⁸⁵⁾ NATALINI, *Introduzione*, cit., p. XII. Si tratta, in fondo, della stessa tematica affrontata, per Arezzo, da Berti, con la consapevolezza derivatagli dalla lettura di C. Mozzarelli. Cfr. BERTI, *I capitoli "De vestibus mulierum"*, cit., p. 1193 e ss.; C. MOZZARELLI, *Stato, patriziato e organizzazione della società nell'Italia moderna*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento », 2 (1976), pp. 421-516.

glie, vuoi perché provocano disgusto negli uomini consegnandoli alla stretta mortale della sodomia⁽⁸⁶⁾.

In verità, ancora prima di Bernardino, il legislatore fiorentino aveva colto il nesso tra la diffusione dell'omosessualità e la drammatica contrazione di matrimoni celebrati nei primi decenni del Quattrocento⁽⁸⁷⁾. Infatti, già nel 1403, per reagire al calo di nascite legittime causato dal numero irrisorio di unioni matrimoniali ma, soprattutto, per distogliere i maschi dalle pratiche sodomitiche, venivano istituiti gli Ufficiali dell'Onestà⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. BERNARDINO DA SIENA, *Le prediche volgari (Quaresimale fiorentino del 1424)*, a cura di C. Cannarozzi, Pistoia, Tipografia A. Pacinotti, 1934, serm. XXVIII, p. 95: «Disfannosi e corpi per le dote disordinate che si danno, e che chi è a pigliare donna vuole; e se non ànno le dote a loro modo, non le vogliono pigliare. E però si danno poi al vizio della sodomia; chi a ribaldare in uno modo, chi un altro, e ogni vizio si fa. E a questo modo el populo viene a mancare a poco a poco». Altri esempi a p. 141: «A che fare portate voi tutte le cose e le fogge che portano le meretrici? Risponderà: Per piacere al mio marito, acciò che io li piaccia più, e che non caggi in sodomia», e a p. 244: «Chi può fare tante ispese? E per questo i popoli mancano e la sottomia moltiplica».

⁽⁸⁷⁾ Non si può afferrare questo nesso tra sfoggio eccessivo nelle vesti da parte delle donne e calo vertiginoso dei matrimoni che tanto allarmava il gruppo di potere politicamente egemone, senza, prima, mettere a fuoco quanto, nella Firenze tardo-medievale, la dote costituisse il principale fattore incentivante i giovani maschi a prendere moglie. Ebbene, di regola, le doti delle future spose consistevano per la maggior parte di denaro liquido, per una piccola parte del corredo e per il resto dei doni di nozze che la famiglia della sposa avrebbe elargito allo sposo. Questo equilibrio aveva delle ricadute economiche di non poco momento. Difatti, era piuttosto comune che, una volta sposato, il marito decidesse di investire la componente di denaro liquido della dote della moglie nei propri affari. Anzi, era perfettamente normale che i giovani scapoli considerassero soprattutto questi aspetti materiali prima di convolare a nozze. Ora, rispetto al secolo precedente, nel Quattrocento il descritto equilibrio appare sensibilmente alterato: il lusso smodato delle donne nel vestire, oltre a gonfiare i loro guardaroba, fa lievitare enormemente la componente corredo della dote, con immaginabile dispendio di risorse a carico della famiglia della sposa, a tutto detrimento della componente denaro liquido, ossia della componente maggiormente appetibile per il futuro sposo. Cfr. sul punto, con esempi tratti da diversi libri di ricordi dell'epoca (in particolare, quelli di Minerbetti e Datini), RAINEY, *Sumptuary Legislation in Renaissance Florence*, cit., pp. 470-471.

⁽⁸⁸⁾ ASF, PR, 92, cc. 9r-10r, on-line sul sito www.archiviodistato.firenze.it/archiviodigitali/complesso-archivistico: «providere, ordinare, deliberare et disporre et statuere [...] pro remotione et exstirpatione [...] vitii sodomitici».

3. «*Ordo in cunctis rebus servandus est*»: sodomia, prostituzione, corruzione, gioco d'azzardo.

L'urgenza di infliggere un castigo esemplare a tutti i sodomiti che offendono Dio attirando sulla città la sua collera, tuttavia, passò improvvisamente in secondo piano. All'origine del brusco cambio di passo, forse, il fatto che troppi personaggi influenti erano dediti a pratiche sodomitiche. Così, sul finire di aprile del 1403, la Signoria, in virtù degli stessi poteri straordinari che le erano stati conferiti per estirpare il vizio e il crimine sodomitico, decretava l'istituzione di un ufficio con il compito non di reprimere, ma di organizzare e regolamentare l'esercizio della prostituzione mediante dei postriboli posti sotto il diretto controllo delle autorità pubbliche. A ciò fu destinata — nel contesto di un acceso dibattito sorto in seno al ceto dirigente⁽⁸⁹⁾ — la neoistituita magistratura cittadina degli Ufficiali dell'Onestà⁽⁹⁰⁾; attività che avrebbero continuato a svolgere fino alla piena epoca granducale⁽⁹¹⁾. Così, una pratica che fino a quel momento era stata semplice oggetto di sdegno morale e quindi di repressione⁽⁹²⁾, finì per essere irreggimentata dentro la rete di disciplinamento tessuta da questi funzionari. Anzi, diventò persino una importante fonte di guadagno, giacché era consentito prostituirsi solo previa licenza, secondo un tariffario prestabilito e, soprattutto, gli Ufficiali incassavano una percentuale sulle condanne riscosse in denaro.

Tra i compiti cui gli Ufficiali dell'Onestà dovevano attendere, rientravano, in primo luogo, l'identificazione e la separazione delle

⁽⁸⁹⁾ Cfr. A. ZORZI, *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica fiorentina. Aspetti e problemi*, Firenze, Olschki, 1988, p. 58.

⁽⁹⁰⁾ La deliberazione istitutiva si trova in ASF, Ufficiali dell'Onestà (d'ora in avanti UO), 1, Rubriche e Statuti, 1403-1597, cc. 3r-7v. Dalle stesse carte, si ricava che: eletti per estrazione almeno a partire dal 1426, in origine gli Ufficiali erano direttamente nominati dalla Signoria in numero di cinque (poi otto, due per quartiere) e dovevano appartenere alle Arti maggiori; restavano in carica sei mesi e non percepivano salario, ma riscuotevano delle percentuali sulle multe che irrogavano. Disponevano di un proprio notaio e di un provveditore che venivano rinnovati ogni sei mesi. Avevano, quindi, al loro servizio sei famigli che si dedicavano alle più svariate attività, soprattutto agli arresti, all'invio di messaggi, alla notificazione agli individui sospettati della citazione a comparire dinanzi all'ufficio.

⁽⁹¹⁾ Cfr. J.K. BRACKETT, *The Florentine Onestà and the Control of Prostitution, 1403-1680*, in «*Sixteenth Century Journal*», XXIV (1993), 2, pp. 273-300.

⁽⁹²⁾ Cfr., a titolo di esempio, ASF, Statuti del Podestà di Firenze del 1355, volgare, 19, rubrica 161, III, cc. 184r-185v, on-line sul sito www.archiviodistato.firenze.it/archiviodigitali/complesso-archivistico.

prostitute dal tessuto ‘sano’ della popolazione fiorentina. Le donne identificate come tali venivano condotte presso il bordello cittadino in Mercato Vecchio e lì registrate all’esito di uno scrutinio che doveva riportare i due terzi dei voti dei componenti l’ufficio. Nel bordello, le prostitute erano tenute a svolgere le loro prestazioni sotto la direzione di una matrona, con o senza la presenza di lenoni o ruffiani i quali, ad ogni modo, dovevano essere autorizzati dal magistrato. I movimenti delle prostitute all’esterno del bordello erano monitorati dagli Ufficiali dell’Onestà attraverso la concessione, a pagamento, di licenze che le meretrici dovevano, all’occorrenza, esibire quando percorrevano le vie della città. Queste licenze le rendevano immuni da qualsivoglia intervento da parte di qualsiasi ufficiale o birro. Le prostitute che uscivano dal bordello erano, comunque, riconoscibili da un particolare segno che dovevano indossare, scelto dal magistrato. Sulle meretrici e sui loro lenoni o ruffiani gli Ufficiali dell’Onestà avevano *iurisdictio in criminalibus*: in particolare, le pene erano rimesse al loro *arbitrium*, al di fuori dei vincoli e delle garanzie posti dalla legislazione statutaria sulla materia⁽⁹³⁾.

Una provvisione del 23 dicembre 1415 dava al magistrato l’incarico di provvedere all’allestimento di altri due edifici in aggiunta a quello già esistente da adibire a postriboli, uno nel quartiere di Santo Spirito, l’altro nel quartiere di Santa Croce. L’inciso iniziale, «inhonesta magis per minus remove cupientes», sembra confermare l’intento dei governanti di provare a contrastare il vizio nefando e diffusissimo della sodomia sottoponendo a disciplinamento il meno riprovevole comportamento della prostituzione femminile⁽⁹⁴⁾.

A partire da quell’anno, 1415, assistiamo ad un accrescimento nelle prerogative giudiziarie e di polizia degli Ufficiali dell’Onestà, con facoltà di emettere ordinamenti e sentenze. Le prostitute riconosciute colpevoli di aver violato i loro ordini potevano essere punite con multe da cinquanta a duecento lire, fustigate lungo le vie — sebbene questa punizione corporale figurò assai raramente nelle fonti —, oppure allontanate dalle loro abitazioni. Dal 7 marzo 1416 il magistrato poteva, persino, pronunciare sentenze alla pena capitale⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹³⁾ ASF, UO, 3, cc. 3r-4v, 7v.

⁽⁹⁴⁾ ASF, PR, 105, cc. 248rv, on-line sul sito www.archiviodistato.firenze.it/archiviodigitali/complesso-archivistico; documento edito anche in BRUCKER, *Firenze nel Rinascimento*, cit., pp. 350-351.

⁽⁹⁵⁾ ASF, UO, 1, cc. 9rv. Anche gli Statuti di Firenze del 1415 dedicano agli Ufficiali dell’Onestà due rubriche: V, II, rubrica 33 *De officio dominorum circa officium officialium honestatis*; 34 *De officio, et balia officialium honestatis*, vol. III, pp. 41-45.

Negli anni Trenta del Quattrocento, il problema della sodomia — mai completamente risolto⁽⁹⁶⁾ — tornò di prepotenza al centro degli interessi del regime albizzesco, ormai al culmine della sua esperienza di governo. La sodomia è in quegli anni una pratica sempre più diffusa e che riguarda soprattutto gli uomini non sposati⁽⁹⁷⁾. Tentennare ulteriormente significherebbe consegnare alla depravazione il cuore acerbo della classe dirigente e corrompere, pertanto, le fondamenta della concordia civica. Si arriva, così, fra il 12 e il 13 aprile del 1432, alla definizione istituzionale di un nuovo ufficio cittadino che si faccia, effettivamente, carico del problema: gli Ufficiali di Notte.

La provvisione istitutiva esordisce, dicendo:

Vogliosi di sradicare dalla loro città l'abominevole vizio della sodomia, definito crimine pessimo nelle Sacre Scritture, [...] i magnifici e potenti Signori Priori [...], di loro iniziativa, per l'utilità comune, provvedono⁽⁹⁸⁾,

⁽⁹⁶⁾ Un riferimento normativo al trattamento penale del vizio sodomitico da parte della legislazione statutaria esiste e, precisamente, III, rubrica 115 *De poena sodomitorum, trapassorum, et similibus, et malandrinatorum, et receptantium eos*, vol. I, pp. 320-323. Non v'è alcun cenno alla magistratura degli Ufficiali dell'Onestà, ma si dà incarico, indifferentemente, ad uno dei Rettori forestieri di perseguire, con procedura sommaria, l'uomo o la donna che, volontariamente, offrano il loro corpo al vizio sodomitico, purché il «patis» sia minore di diciotto anni. Se il crimine viene commesso per la prima volta, la pena è di lire mille. Di queste, la quarta parte andrà all'ufficiale forestiero intervenuto, il resto al Comune. Detta sanzione pecuniaria dovrà, quindi, essere integrata con la fustigazione a corpo nudo «per loca publica civitatis», ovvero con altre pene corporali e infamanti rimesse alla valutazione del Rettore il quale terrà in conto fattori come l'età e la condizione del reo. Sono escluse la pena di morte, le mutilazioni e l'esilio. Tuttavia, a fustigazione ultimata, la persona condannata dovrà essere rinchiusa nel carcere delle Stinche, fino a quando non avrà pagato la sanzione di lire mille. Infine, la casa dove il rapporto sodomitico è stato consumato, se di proprietà del reo, verrà bruciata. Altrimenti, sarà compito del reale proprietario allontanare dall'abitazione il responsabile assieme a tutta la sua famiglia. Ma, soprattutto, il sodomita non sarà, comunque, considerato infame e privato degli onori e degli uffici pubblici. Si può, forse, leggere in quest'ultima disposizione, un segnale di quanto la pratica sodomitica fosse diffusa presso gli uomini di potere. Il che spiegherebbe la lentezza, le tensioni e i contrasti con cui la questione su come affrontare il problema della sessualità deviata fra maschi si trascinò per trent'anni.

⁽⁹⁷⁾ L'80% di coloro che compaiono di fronte alla giustizia hanno meno di 30 anni, secondo le stime raccolte in I. CHABOT, *Il governo dei padri. Lo stato fiorentino e la famiglia tra XIV e XV secolo*, in *Firenze e la Toscana. Genesi e trasformazioni di uno stato (XIV-XIX secolo)*, a cura di J. Boutier, S. Landi, O. Rouchon, Firenze, La Mandragora, 2010, pp. 195-212.

⁽⁹⁸⁾ ASF, PR, 123, cc. 31v-35v, on-line sul sito www.archiviodistato.firenze.it/

che la stessa Signoria, assieme con i due Collegi, i Capitani di Parte Guelfa, gli Otto di Guardia, i Sei della Mercanzia e i Ventuno Consoli delle Arti debbono eleggere, per la durata di un anno, sei cittadini di loro gradimento che risponderanno al nome di Ufficiali di Notte del Comune di Firenze.

La sua organizzazione è simile a quella delle altre magistrature laiche della città: sei cittadini eletti su base annuale, assistiti da un notaio e da un personale esecutivo piuttosto ridotto. Quanto ai compiti, gli Ufficiali di Notte hanno, in primo luogo, l'incarico di investigare con diligenza «per illam viam modum et formam de qua et prout eis videbitur seu voluerint» su quanti, dopo l'entrata in vigore della provvisione medesima, continuino a praticare il vizio sodomitico. Potranno condurre la loro attività di indagine muovendo da tamburazioni, accuse, notificazioni in completa libertà, «quacumque solemnitate et substantialitate, tam iuris quam statutis obmissa». In particolare, sarà loro dovere accertare la commissione del crimine sodomitico, indicando nell'atto di inchiesta il tempo e gli eventuali compartecipi «quam precise poterunt». Le loro ampie prerogative, però, non si esauriscono nella sola attività investigativa. La provvisione, infatti, riconosce ai nostri ufficiali chiare funzioni giurisdizionali, da attendere secondo gli ormai ricorrenti canoni della giustizia sommaria⁽⁹⁹⁾.

La pena riservata ai rei di sodomia varia in considerazione di taluni fattori. La sanzione base è di natura pecuniaria e ammonta a cinquanta fiorini d'oro. L'importo sale a cento fiorini d'oro se la persona viene sorpresa a praticare il rapporto sessuale contro natura «post primam declarationem de se fiendam dictum vitium sodomie». Alla terza volta corrisponde una maggiorazione della pena pari al doppio, quindi duecento fiorini d'oro, seguita dal divieto di accesso alle cariche pubbliche della durata di due anni. Alla quarta infrazione il reo dovrà pagare una sanzione di cinquecento fiorini d'oro con interdizione perpetua dagli uffici. Alla quinta volta, di nuovo senza osservare solennità di rito alcuna, sarà condannato ad essere pubblicamente arso vivo⁽¹⁰⁰⁾.

Quindi, la provvisione si preoccupa di curare gli aspetti più procedurali dell'attività degli Ufficiali di Notte. Essi non potranno chiu-

archivigitali/complesso-archivistico; testo originale latino edito in BRUCKER, *Firenze nel Rinascimento*, cit., pp. 357-360.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, c. 32v: «procedere et condempnare simpliciter et de plano et sine strepitu et figura iudicii et absque aliqua solemnitate vel substantialitate iuris vel statutum et etiam absque aliqua citatione vel processu formato, sed habita veritate prefati delicti perpetrati modo et forma ut infra dicitur».

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, c. 33r.

dere l'indagine e condannare il colpevole se non sulla base della sua confessione o asserzione, ovvero a condizione che la sua colpevolezza risulti provata o da due testimoni oculari («de visu»), o da un testimone oculare e due «de publica fama», o ancora da quattro testi tutti «deponentes de publica fama». L'intero procedimento dovrà concludersi entro un mese dalla avvenuta segnalazione all'ufficio della condotta perversa per via di tamburazione, accusa o notificazione. Si prevede, quindi, che quanti accusino o notifichino «palam aut secreto» persone dedite a praticare la sodomia, debbano ricevere in premio la quarta parte della condanna riscossa in denaro. Parimenti, il colpevole andrà esente da pena qualora denunci se stesso e/o i suoi comparì depravati⁽¹⁰¹⁾. Nell'ultima parte, la provvisione sembra istituire una sinergia fra gli Ufficiali di Notte, i Rettori forestieri della *civitas*, nonché gli ufficiali estrinseci dislocati nelle varie circoscrizioni periferiche del Dominio territoriale fiorentino, con la promessa di sradicare, una volta per tutte, il più turpe dei vizi. È l'unico, fugace cenno che il testo riserva ai giurisdicenti forestieri della tradizione comunale matura i quali, comunque, figurano in posizione evidentemente arretrata, quasi da semplici esecutori di istruzioni altrui, rispetto alla più affidabile — per la Signoria, autentico *caput reipublicae* — magistratura cittadina⁽¹⁰²⁾. In questo modo, l'incarico di reprimere la sodomia trasmigrava dai Rettori forestieri — ancora unici protagonisti negli Statuti del 1415 — ai nuovi Ufficiali di Notte che venivano, altresì, come abbiamo visto, messi in condizione di operare secondo canoni decisamente più flessibili, cioè sommari. Ma, soprattutto, si istituisce ora la possibilità, negata negli Statuti, di escludere il sodomita riconosciuto colpevole e recidivo dagli uffici per due anni o, nei casi più gravi, anche in perpetuo; segno di una più robusta propensione degli uomini al governo a combattere un vizio che allignava in larga parte fra i ranghi del ceto dirigente.

Con ciò non vogliamo dire che si ebbe una regolamentazione più o meno severa rispetto al dettato statutario, ma semplicemente un diverso modo di affrontare una questione troppo a lungo rinviata nel tempo. Il che sembra essere confermato dal riscontro pratico che la nuova disciplina ricevette: in settant'anni di attività gli Ufficiali di Notte fermarono sedicimila uomini ed emisero circa tremila con-

⁽¹⁰¹⁾ Ivi, cc. 33v-34r.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, c. 35r: «Item quod dicti officiales teneantur et debeant ex debito eorum officii et pro observantia presentis capituli sepe et tot quotiens videant expedire et utile esse et ut homines terreantur a perpetracione talis vitii, adire rectores civitatis Florentie et eos verbo et rectores extrinsecos per litteras eorum officii exhortari monere et requirere quod inquirent procedant et condennent committentes vitium sodomie et contra eos observent ordinamenta comunis ad presens vigentia».

danne⁽¹⁰³⁾. La loro strategia di controllo risultò più pragmatica e, alla fine, vincente perché ispirata da un maggiore realismo: si pensò più a disciplinare le pratiche amorose consensuali e non violente, contenendole entro certi limiti socialmente tollerabili, che eliminarle del tutto, come si era invece previsto di fare, con scarsissimi risultati, nel XIV secolo.

Probabilmente il buon funzionamento della magistratura degli Ufficiali di Notte è da ritenersi alla base della provvisione con la quale, nell'agosto del 1433, si decise di accorparvi, così da formare un unico ufficio, gli *officiales super conservationem honestatis monasterium et monalium*⁽¹⁰⁴⁾. Questi ultimi erano stati istituiti qualche anno prima, nel 1421, con lo scopo di destinarli alla repressione di un altro fenomeno che preoccupava non poco il regime, soprattutto per le sue implicazioni religiose, proprio come nel caso della sodomia: la violazione dei monasteri⁽¹⁰⁵⁾.

Non si conosce molto di questa magistratura. Prima della sua creazione, la violazione dei monasteri era disciplinata unicamente dagli Statuti del 1415⁽¹⁰⁶⁾. Così come non sappiamo quanto la fusione tra Ufficiali di Notte e Ufficiali sopra la conservazione dell'onestà dei monasteri e delle monache abbia funzionato. Certamente, prima di allora, questi ultimi non avevano dato granché prova di sé. Ancora nel 1423, a più di un anno dalla loro istituzione, ad intervenire nel contrasto al fenomeno sono i Rettori forestieri⁽¹⁰⁷⁾. Siamo, tuttavia, in grado di ricostruire la *ratio* sottesa alla necessità di punire quanto più severamente possibile, che fosse per mano dei Rettori forestieri oppure di una magistratura cittadina, la violazione dei monasteri, specialmente se abitati da monache. Indicativi, in tal senso, i passaggi di una pronuncia resa nel 1435. Dopo aver riportato le parole di Sant'Agostino sul giudizio di Dio alla fine dei tempi, l'estensore della sentenza si dilunga sui drammatici risvolti religiosi del fenomeno criminoso, tali da scuotere — di nuovo — l'ordine naturale delle cose e rovesciare, così, sulla *civitas* intera la giusta collera della maestà divina, perché la città a quell'ordine perfetto e immutabile avrebbe dovuto inderogabilmente uniformarsi:

⁽¹⁰³⁾ Dati stimati in CHABOT, *Il governo dei padri*, cit.

⁽¹⁰⁴⁾ ASF, PR, 124, cc. 148rv.

⁽¹⁰⁵⁾ ASF, PR, 111, cc. 45rv, on-line sul sito www.archiviodistato.firenze.it/archiviodigitali/complesso-archivistico.

⁽¹⁰⁶⁾ Statuti di Firenze del 1415, III, rubrica 53 *De invasoribus monasterium et raptoribus monalium*, vol. I, p. 269.

⁽¹⁰⁷⁾ Come attesta una sentenza del Capitano del Popolo del 22 agosto 1423 in ASF, Arti del Capitano del Popolo, 2523(bis), cc. 9-11, edita in BRUCKER, *Firenze nel Rinascimento*, cit., pp. 363-364.

Un tempo la naturale giustizia delle cose ordinò che il sesso servisse ad accrescere il genere umano, perché l'uomo e la donna si unissero vicendevolmente attraverso il sacro vincolo del matrimonio che, per la sua importanza e la sua reverenza, è da sempre oggetto di venerazione. E non esiste niente di più gradito a Dio della conservazione del matrimonio e, viceversa, non esiste niente di più molesto al cuore di Dio della sua violazione. E se una semplice creatura mortale è scossa da una simile violenza, quanto di più potrà adirarsi il Creatore, Padre altissimo e genitore di ogni creatura? E sono molti gli sconsiderati che le monache, sposate a Dio e dedicate a Dio stesso e recluse nei monasteri per preservare la loro verginità, inseguono, per soddisfare le voglie della propria carne, dimentichi di qualunque reverenza. Perciò la stessa divina provvidenza è turbata, e la malizia delle guerre fa sì che il mondo sia afflitto da sommosse, pestilenze e altri, diversi pericoli e calamità. Per scongiurare i quali, l'austerità del Popolo fiorentino statuí che nessuno potesse accedere a qualsivoglia monastero e gravò i delinquenti con pene severe. Proibendo non soltanto la congiunzione carnale con le monache ma anche l'accesso ai monasteri, perché le stesse monache, il cui sesso è fragile e debole, assunto l'abito religioso, che si sono volontariamente concesse in sposa a Cristo unico uomo, si conservino in onestà e sicurezza e, insieme, l'onore e l'onestà dei monasteri crescano liberamente, e la loro officiosa sollecitudine nel culto divino non sia sconvolta ma guadagni il frutto della salute delle anime senza offendere gli occhi della maestà divina⁽¹⁰⁸⁾.

Il regime albizzesco fu molto sensibile anche al problema della corruzione degli ufficiali pubblici e affidò ripetutamente, ma senza successo, a magistrature diverse l'incarico di vigilare sulla ligia osservanza, da parte degli stessi ufficiali, delle leggi sugli obblighi e sulle competenze dei funzionari⁽¹⁰⁹⁾. Alla fine, nel febbraio del 1429, la situazione parve stabilizzarsi in forza della creazione di una nuova magistratura cittadina, quella dei Conservatori delle Leggi.

Come già detto, la perpetuazione del potere politico, con il suo bisogno estremo di restare immutato, dipende, anche, dalla conservazione delle istituzioni su cui la *respublica* si regge e delle leggi che la governano. A tal fine, veniva richiesto loro di verificare, in buona sostanza, il possesso dei requisiti fiscali, anagrafici e giudiziari necessari

⁽¹⁰⁸⁾ ASF, Giudice degli Appelli, 79 (2), cc. 68-69, edita in Ivi, p. 362.

⁽¹⁰⁹⁾ Il primo magistrato scelto a tale scopo fu, nel 1415, l'Esecutore degli Ordinamenti di Giustizia; cfr. ASF, PR, 105, cc. 236r-237v, dove l'Esecutore assume la qualifica di «conservator statutorum honestatis Communis Florentiae». Tuttavia, già il 23 ottobre 1416 gli veniva revocata la giurisdizione esclusiva su tali materie; cfr. ASF, PR, 106, cc. 164v-165v. Così, nel 1420 e nel 1421, il testimone passò agli Otto di Guardia; cfr. ASF, PR, 110, cc. 97r-99v, PR, 111, cc. 71r-72r. I registri sono consultabili on-line sul sito www.archiviodistato.firenze.it/archividigitali/complesso-archivistico.

per il giusto e retto esercizio dei pubblici uffici, punendo i relativi abusi. I Conservatori avevano, altresì, il compito di investigare ed accertare la responsabilità di quanti prendessero parte a riunioni o conventicole non autorizzate o comunque proibite, e di fare altrettanto con gli ufficiali estrinseci corrotti. La procedura che gli ufficiali seguivano era, come già rilevato a proposito delle altre magistrature cittadine di recente costituzione, sbrigativa e sommaria⁽¹¹⁰⁾.

Non si sa molto altro di questa magistratura, perché la documentazione della sua attività durante il periodo repubblicano è estremamente scarsa⁽¹¹¹⁾. Sta di fatto che, nel volgere di pochissimi anni, essa venne ad assumere ulteriori competenze su materie quali la blasfemia, il gioco d'azzardo⁽¹¹²⁾, i reati commessi durante le ore notturne, perfino sulla legislazione suntuaria⁽¹¹³⁾.

4. *L'offensiva moralizzatrice all'ombra della costruzione del Dominio.*

Evitare di esporre la città agli scandali, alle punizioni divine, insomma a tutti quegli atti o comportamenti turbativi del suo ordine furono i presupposti che, nel primo trentennio del Quattrocento, spronarono la volontà del reggimento albizzesco a rendere più efficace il controllo della moralità. I governanti seppero raccogliere una sfida lanciata da tempo ma mai effettivamente afferrata, attrezzando nuovi apparati provvisti di *iurisdictio in criminalibus* per i settori di maggiore inquietudine e di maggiore scandalo.

Un fenomeno — quello dell'uso capillare della pena come strumento di disciplinamento — di cui non possiamo sottovalutare il reale impatto anche nella costruzione prima, e nel consolidamento poi, del Dominio. Oltre alle recenti magistrature di dentro, i messaggi riguardanti la sfera del costume trasmessi dal potere centrale della *civitas* arrivavano alla periferia mediati dalle figure dei rettori estrinseci dislocati nelle varie aree del Dominio territoriale fiorentino. Come emerge dai dibattiti delle consulte e pratiche nonché dalle condanne riportate

⁽¹¹⁰⁾ ASF, PR, 120, cc. 7v-11r, in particolare cc. 8v-10r.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. G. PANSINI, *I conservatori di leggi e la difesa dei poveri*, in *Studi di storia medievale e moderna per Ernesto Sestan*, Firenze, Olschki, 1980, vol. II, *Età moderna*, pp. 529-570.

⁽¹¹²⁾ Cfr., per esempi di notifiche, anche anonime, presentate ai Conservatori delle Leggi su episodi di giochi proibiti, BRUCKER, *Firenze nel Rinascimento*, cit., p. 349.

⁽¹¹³⁾ ASF, Balie, 31, c. 87r (29 febbraio 1472): «Et siano tutti e sopradetti contraffacenti, e gli obligati per loro come di sopra, sottoposti a' conservatori delle leggi della città di Firenze, e fra l'anno dal dì della inobservantia commessa se ne possa cognoscere, et puniscansi tali errori in qualche modo».

nei registri criminali dei nuovi vicariati di Pisa, Valdarno Superiore, Anghiari e altre aree fra le colline e le montagne di Arezzo, il processo di incorporazione fu attraversato dall'ambizione, da parte della Dominante, di attrarre le varie comunità soggette alle sue leggi e al suo modello di moralità⁽¹¹⁴⁾. In particolare, l'accentramento interessò le pratiche sessuali; la Dominante fece ampio ricorso a strutture disciplinari e repressive — tortura e pene corporali incluse — per contrastare pratiche sessuali reputate *contra naturam*⁽¹¹⁵⁾. Quindi, a partire dal 1416, alcuni Statuti delle comunità soggette a Firenze cominciarono ad inserire, fra le loro disposizioni, la nomina di guardie segrete con il compito di multare quanti offendessero con bestemmie Dio e i Santi⁽¹¹⁶⁾. Né fu da meno il peso che la legislazione suntuaria esercitò nel farsi progressivo, tra Albizzi e Medici, dello Stato territoriale fiorentino.

Una prima traccia è nella apposita sezione *De prohibitis ornamentis mulierum* degli Statuti del 1415. Si prevede che tutte le pene pecuniarie irrogate a quanti trasgrediranno le disposizioni suntuarie e tutte le gabelle pagate al fine di ottenere l'esenzione dalle medesime, dovranno essere versate ai camarlinghi della Camera del Comune. L'ufficiale, il quale accerterà la violazione e condannerà il trasgressore a pagare la multa e la riscuoterà, riceverà metà della somma, che dovrà essergli liquidata dai camarlinghi della Camera. Nel caso in cui il trasgressore sia condannato a pagare la multa in conseguenza di una segnalazione fatta pervenire all'ufficiale da qualcun altro, l'ufficiale che pronuncerà la condanna riceverà un quarto della pena pecuniaria e l'informatore il restante quarto⁽¹¹⁷⁾.

L'aspetto che più ci riguarda viene ora. Si dice, infatti, che i camarlinghi della Camera dovranno versare le somme recuperate a titolo di violazione delle disposizioni suntuarie alla Cassa della Condotta⁽¹¹⁸⁾. Ora, la Cassa della Condotta era una divisione della Ca-

⁽¹¹⁴⁾ Un'ottima raccolta di vicende giudiziarie di questo tipo, ricostruite sulle carte processuali degli ufficiali estrinseci, in MAZZI, *Cronache di periferia dello stato fiorentino*, cit. Sulla figura, invece, degli ufficiali di fuori, cfr. C. STORTI, *Capitani, podestà e vicari nell'evoluzione dell'ordinamento territoriale fiorentino: brevi note*, in *Stemmi robbiani in Italia e nel mondo: per un catalogo araldico, storico e artistico*, a cura di R. Dionigi, M. Cambareri, Firenze, Polistampa, 2014, pp. 71-76.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. S.K. COHN, *Creating the Florentine State: Peasants and Rebellion, 1384-1434*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 270-272.

⁽¹¹⁶⁾ È il caso, ad esempio, dello Statuto di Mangona, in ASF, Statuti delle comunità autonome e soggette, 420, Mangona e sua Lega, 1416-1561, rubrica 50 *Della electione delle guardie segrete*, cc. 30rv.

⁽¹¹⁷⁾ Statuti di Firenze del 1415, IV, *De prohibitis ornamentis mulierum*, vol. II, pp. 364-365.

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, p. 361: «Item che i camarlinghi della camera del comune di Firenze

mera del Comune. Tra il 1425 e il 1426, la Cassa fu divisa in due sott'uffici: la Condotta Ordinaria, il cui fondo serviva a mantenere il palazzo dei Signori e a pagare gli stipendi degli ufficiali pubblici, e la Condotta Straordinaria, il cui fondo serviva invece a pagare i mercenari al soldo del Comune⁽¹¹⁹⁾. Questa trovata di politica finanziaria si rivelò decisiva quando Firenze si trovò a sostenere le ingenti spese necessarie a finanziare le guerre con la rivale Milano⁽¹²⁰⁾. E la costruzione dello Stato territoriale fiorentino è, prima di tutto, tra la fine del Trecento e i primi decenni del Quattrocento — quando il governo della *civitas-respublica* è egemonizzato dagli Albizzi — un fatto di politica di dominio, cioè di espansione e incorporazione degli spazi e conseguente ricomposizione degli stessi dentro un territorio nuovo, che è frutto di un artificio, il più delle volte, violento.

Una seconda traccia affiora dai sopramenzionati capitoli suntuari che Arezzo, a due anni dalla sua sottomissione a Firenze, nel 1387, si era dati. All'incirca mezzo secolo dopo, tra il 1438 e il 1439, gli statuari locali, illuminati anche dal fulgido esempio della Dominante, « civitate ditissima et splendidissima », dove sono stati dati « ordo et regula super vestimentis et gioiellis », riscrivono quei capitoli, espungendo, per la prima volta, i *militēs*, ossia i nobili, dal novero dei soggetti tradizionalmente esentati dall'osservare i divieti suntuari, a tutto vantaggio del potente gruppo di artigiani maggiori e mercanti, sempre e comunque nell'ottica che « bonum et utile est civitate Aretii ut communis honestas observetur et in vestimentis muliebris superfluitas nimia coherceatur et ad honestum modum reducatur »⁽¹²¹⁾. Ebbene, l'omissione non passò inosservata a Firenze, tant'è che gli Approvatori⁽¹²²⁾, nell'atto di verificare la congruità degli statuti della comunità soggetta con quelli della Dominante, non tardarono a inserire, d'ufficio, nel capitolo sulle vesti femminili una disposizione volta a consentire soltanto « mulieribus militum et doctorum cuiuscumque faculta-

presenti, e che per li tempi saranno, siano tenuti, e debbino ogni denaro, e quantità di pecunia, la quale perverrà loro nelle mani per le cagioni, che si contengono ne' presenti ordini, mettere a entrata alla cassa della condotta, e non in altra cassa».

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. A. MOLHO, *Florentine Public Finances in the Early Renaissance*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971, p. 118.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. RAINEY, *Sumptuary Legislation in Renaissance Florence*, cit., p. 489.

⁽¹²¹⁾ Cfr. BERTI, *I capitoli "De vestibus mulierum"*, cit., p. 1177, nota n. 21.

⁽¹²²⁾ Sulla pratica, assai diffusa nel nascente Stato territoriale fiorentino, per cui le comunità soggette, pur conservando per la maggior parte *potestas condendi statuta*, erano tenute a sottoporre i loro statuti alla previa approvazione della Dominante, attraverso la Signoria oppure la apposita magistratura degli Approvatori, cfr. L. TANZINI, *Alle origini della Toscana moderna. Firenze e gli statuti delle comunità soggette tra XIV e XVI secolo*, Firenze, Olschki, 2007.

tis» lo sfoggio di drappi di seta intessuti d'oro e d'argento. Per il resto, non sono stati rilevati, nel lungo periodo, ulteriori interventi correttivi sui capitoli suntuari degli statuti aretini; segno che le misure successivamente approntate, a livello periferico, in materia suntuaria dovettero risultare in linea con le aspettative della Dominante e coerenti con l'organizzazione complessiva dello Stato⁽¹²³⁾.

Una terza traccia di quanto andiamo cercando è in una provvisione emanata il 7 febbraio 1463 in risposta ad una petizione che la Signoria di Firenze riceve dalla comunità soggetta di Pisa. Nella supplica i Pisani, sottomessi ai Fiorentini dal 1406, lamentano che, a causa dello sfacciato sfoggio nelle vesti da parte delle donne, molti giovani rinunciano a sposarsi. Muovendo dal presupposto che solo una attenta regolamentazione dell'ornato femminile possa incentivare nuovamente i giovani a prendere moglie — a riprova di quanto fossero invischiate fra loro predicazione osservante e legislazione municipale in tema di *sumptus* —, a gloria di Dio e con beneficio della comunità tutta, i sudditi pisani chiedono che la Dominante intervenga a disciplinare la materia con leggi sue proprie⁽¹²⁴⁾.

La Signoria accoglie l'istanza e detta la sua legge. Lascia intravedere profili di accentramento la scelta di destinare parte della pena pecuniaria inflitta ai trasgressori delle disposizioni suntuarie alla Camera del Comune, ufficio fiscale della Dominante⁽¹²⁵⁾, e, soprattutto,

⁽¹²³⁾ Cfr. BERTI, *I capitoli "De vestibus mulierum"*, cit., p. 1204, nota n. 122.

⁽¹²⁴⁾ ASF, PR, 153, cc. 241v-242r: «Exponitur reverenter vobis magnificis et potentibus dominis prioribus libertatis et vexillifero iustitie populi florentini, pro parte comunis et hominum civitatis Pisarum, fidelissimorum servitorum dominationis vestre, quod civitas Pisarum predicta et eius cives sunt communiter valde pauperes et quod ultra alios earum difficultates, ipsi habent circa noningentas puellas nubiles, de quibus plurestre centis sunt etatis annorum viginti quatuor et ultra, et quod multi juvenes sine uxoribus quam velint eas accipere, propter magnas expensas que fieri ceperint in vestimentis et ornamentis dominarum nubentium, maxime cum ipsarum dotes sint exigue quia non excedunt florenos duecentos pro aliqua ipsorum [...] et quod ipsi putant quod si quod frenum apponeretur huiusmodi expensis ita ut moderatis fierint, multa connubia fierint per dies in illa civitate que non fiunt, ex quare honor Dei et ipsorum puellarum ac totius illius civitatis placitum in solamine sequeretur [...]».

⁽¹²⁵⁾ Ivi, c. 242r: «Item che qualunque delle dette fanciulle o donne trapassassi et rompessi detti ordini et a quelle contrafacesse, etianidio in alcuna cosa particolare et minima, et per qualunque volta s'intenda esso facto che chosi contrafacesse a per qualunque volta et in qualunque cosa, essere incorso il marito di quelle se harà marito, et si non l'arà, il suo padre o fratello o altri che lei avessino in governo, in pena di lire cento de' piccioli, della quale pena il terzo sia della camera del comune di Firenze, un terzo sia del rectore et uficio o ufficiale che di tale contrafacione procedesse et cogno-

di affidare la *iurisdictio* sul punto, in via principale, al magistrato fiorentino dei Conservatori delle Leggi⁽¹²⁶⁾.

Fino alla seconda metà del Quattrocento, non risultano documenti che attestino la presenza di leggi suntuarie specificamente rivolte ai contadini, cioè agli abitanti del contado. Per tutti i primi decenni del XV secolo, a Firenze si erano avute solo disposizioni rivolte, indistintamente, a tutti coloro che vivevano in città, contado e distretto fiorentino. Nel luglio del 1459, veniva emanata una legge suntuaria rivolta ai cittadini⁽¹²⁷⁾. Poi, appena una settimana più tardi, a completamento di quelle proibizioni, le autorità fiorentine confezionano una legge suntuaria volta puntualmente a regolamentare le vesti di uomini e donne abitanti nel contado di Firenze. In pratica, nessun contadino — qualificato come tale sulla base della sua iscrizione nel catasto del contado di Firenze —, e con lui qualsiasi suo familiare, può indossare panni di lana tinti di rosso ovvero tessuti di seta a coprire testa, corpo, braccia o piedi. Tanto agli uomini quanto alle donne del contado è fatto divieto di portare perle ovvero cinture il cui valore ecceda i tre fiorini. La *iurisdictio* sul punto è assegnata al magistrato fiorentino dei Conservatori delle Leggi, che dovrà, anche, curare che i vicari e i podestà delle comunità rurali del contado facciano osservare le proibizioni. Sono esonerati dall'osservare le disposizioni quei contadini che vivono dentro la città di Firenze ovvero nelle terre murate del contado; questi ultimi sono, infatti, soggetti alla legislazione suntuaria riservata ai cittadini, che consentiva un maggiore grado di ostentazione nelle vesti⁽¹²⁸⁾.

Evidentemente, la comparsa di provvedimenti suntuari aventi come destinatari esclusivi i contadini, dimostra che, per la prima volta, il modo di vestirsi degli abitanti le aree rurali del Dominio, da sempre considerato dimesso, destò l'attenzione delle autorità fiorentine. Né si discostano dalla legge del 1459, quegli *Statuti de contadini. Ordini di vestire sopra Contadini. Del 1467*, già richiamati⁽¹²⁹⁾. Con la

scesse, et l'altro terzo sia del notificatore, et se non vi fusse notificatore la metà di detta pena sia del detto rectore ufficio o ufficiale che ne procedesse et cognoscesse come è detto et l'altra metà sia della detta camera del comune».

⁽¹²⁶⁾ *Ibidem*: «Et di tale contrafazione si possa cognoscere per ogni tempo per qualunque rectore et ufficio et ufficiale, così della città di Firenze come di Pisa, et nominativamente per l'ufficio de' conservadori delle leggi del comune di Firenze». Più tardi, anche Cosimo I interverrà con un suo *Statuti et ordinazione sopra il Vestire della città di Pisa e suo contado*, Firenze, Stamperia de' Giunti, 1563, 6 ff.

⁽¹²⁷⁾ ASF, PR, 150, cc. 65v-67r. Le disposizioni sono accorpate sotto la rubrica *Ornamentorum mulierum prohibitio*.

⁽¹²⁸⁾ Ivi, cc. 71r-72r, sotto la rubrica *Prohibitio ornamentorum vestimentorum comitatorum tam masculorum quam feminarum*.

⁽¹²⁹⁾ ASF, Statuti del Comune di Firenze, 34, cc. 31r-33r.

differenza che, ora, anche quanti abitano le terre murate del contado sono, assieme ai distrettuali, tenuti ad «observare statuti et ordinii facti pellore e così quelli si confermano e incameriamo»; in più, la *iurisdictione* in materia torna, ancora una volta, ad essere assegnata a «cinque ufficiali degli ornamenti e vestiri», che compilano anche le disposizioni suddette, firmate dal loro notaio⁽¹³⁰⁾. Dei cinque Ufficiali eletti per rafforzare la legislazione suntuaria si parlava già in una provvisione del marzo 1467. Va notato che l'elezione è appannaggio del Consiglio del Cento⁽¹³¹⁾, ossia del massimo capolavoro di metodi di straordinarietà nel procedimento politico realizzato da Cosimo de' Medici nel 1458. Presso questo consesso — sorta di Balìa o Consiglio speciale permanente —, venivano concentrate le proposte di legge più delicate perché più strettamente afferenti al cuore del potere, cioè le proposte relative al reggimento, alle elezioni, alle imposte e alle truppe mercenarie; si trovò presto ad eleggere, in barba al metodo tradizionale del sorteggio, le magistrature più importanti, tra cui gli Ufficiali del Monte, gli Ufficiali del Catasto, gli Otto di Guardia, i Conservatori delle Leggi, i Consoli del Mare⁽¹³²⁾.

Infine, l'ultima, significativa traccia. All'indomani della fallita ribellione di Volterra⁽¹³³⁾, il 28 luglio 1472, la Firenze di Lorenzo de' Medici sigla con la comunità soggetta dei nuovi capitoli di dedizione. Fra le varie clausole, una, intitolata *De Statutis Volater. et de eor. aprobatione*, è specificamente dedicata alla — ormai limitata — *potestas condendi statuta* dei Volterrani. Conclude la presente rubrica una

⁽¹³⁰⁾ Ivi, c. 33r: «Ego Ugolinus Nerii Ugolini Nerii civis florentinus et notarius et scriba officialium et corsenum super reseendis superfluis vestium et ornamentorum marium et feminarum civitatis comitatus et districtus florentie die xxx maii 1467 ad pleniorum fidem me scripsi».

⁽¹³¹⁾ ASF, PR, 157, cc. 243r-244v: «pel consiglio del cento si possa et debba, quanto più presto si può, eleggere et deputare per officiali sopra decti vestiri et ornamenti, così de maschi come delle femmine della città di Firenze, cinque cittadini fiorentini d'età d'anni 45 per lo meno per ciascuno di loro, et habitii agli officii del comune di Firenze, cioè uno per quartiere pel membro di maggiori, et uno pel membro di minori per tutta la città, degli si possa far la portata et mettere a partito in decto consiglio come pe' signori e collegi sarà ordinato, potendo ciascuno del consiglio del cento nominare uno essendo nondimeno della età, et qualità sopradetta, i quali così electi s'intendono essere et sieno legittimamente electi et deputati per officiali predecti per tempo d'uno anno da cominciare dal dì della decta loro electione et da finire come seguita».

⁽¹³²⁾ Sul Consiglio del Cento, cfr. N. RUBINSTEIN, *Il governo di Firenze sotto i Medici (1434-1494)*, Firenze, La Nuova Italia, 1971.

⁽¹³³⁾ Sulla ribellione, fondamentale il classico E. FIUMI, *L'impresa di Lorenzo de' Medici contro Volterra (1472)*, Firenze, Olschki, 1948, ristampa 1977.

disposizione davvero esemplificativa di quanto anche la regolamentazione della materia suntuaria — regolamentazione nelle sue linee fondamentali rigorosamente avocata dal centro di potere — abbia, in qualche maniera, impattato sul consolidamento del Dominio territoriale fiorentino: « Et più sieno tenuti obbligati e cittadini volterrani et abitanti in volterra: osservare gli statuti et ordini facti per gli ornamenti et vestiri de maschi et delle femine del comune di Firenze e per detto comune da conservadori delle leggi »; con la precisazione che vanno osservati in tutto il contado e distretto e ville di Volterra, ormai parte integrante il territorio della città gliata (134).

Perennemente in bilico, sollecitato a crollare da un momento all'altro sotto la spinta di comportamenti sediziosi — così sediziosi da muovere a collera la Divina Maestà come si dirà in una legge di Cosimo I del 1562 (135) — e, più in generale, perniciosi per il buon governo della città cristiana e corruttivi del « vivere politico » (136), l'ordo e la sua tenuta sono al centro delle preoccupazioni dei governanti che si trovano a vivere la loro esperienza politica di dominio territoriale, funamboli sul crinale sospeso tra le antiche certezze del tempo medievale e l'ignota della prima modernità.

La materia suntuaria, dalle vesti al cibo consumato in occasione di matrimoni, battesimi e funerali, che abbiamo visto dar corpo ad una impressionante elefantiasi di statuti, ordini e provvisioni municipali, lungi dall'essere un frivolo orpello del passato da lasciare agli unguenti imbalsamatori dell'archeologo del sapere, riacquista tutta la sua valenza storica, soprattutto se associata alla descritta idea di ordine e, segnatamente, alle strategie penali, strette tra repressione e disciplinamento, che il potere pubblico — o meglio, il gruppo politico egemone in un dato momento storico — volle attrezzare al fine di garantirne la perpetuazione.

Sollecitati dalla lettura del volume in commento, abbiamo esaminato il tema del *sumptus* nel quadro più ampio dell'offensiva moralizzatrice, alzando lo sguardo sul piccolo, ma pur sempre privilegiato osservatorio fiorentino quattrocentesco, consapevoli che ad un siffatto

(134) ASF, Capitoli, Registri, 61, c. 17v.

(135) È la *Riforma sopra il vestire, abiti et ornamenti delle donne, et buomini della città di Firenze et altre cose superflue*, in *Legislazione toscana raccolta e illustrata dal dottore Lorenzo Cantini socio di varie accademie*, Firenze, nella Stamperia Albizziniana da S. Maria in Campo per Giuseppe Fantosini, 32 voll., 1800-1808, vol. IV, pp. 402-410.

(136) Ivi, pp. 402-403. Sul concetto di « vivere politico », utile la lettura di E. FASANO GUARINI, *Gli "ordini di polizia" nell'Italia del '500: il caso toscano*, in *Policey in Europa der Frühen der Neuzeit*, hrsg. v., M. Stolleis unter Mitarbeit von K. Härter v., L. Schilling, Frankfurt am Main, 1996, pp. 55-95.

approccio è informata tutta una tendenza che le fonti legislative consultate dimostrano di lunghissimo periodo. Così, nel giugno del 1527, la Repubblica, ormai prossima alla fine, riprendendo alcuni interventi già promossi nel 1514⁽¹³⁷⁾ legiferava con lo scopo di raffrenare, insieme, le spese suntuarie, il gioco d'azzardo, la blasfemia e la sodomia⁽¹³⁸⁾. Semmai, con l'instaurazione del principato mediceo nel 1537, a questo perdurante aspetto, fa da contraltare una maggiore preoccupazione di far rispettare, al livello dell'abito, le gerarchie sociali, declinate in modo diverso a seconda del genere e della cittadinanza o nobiltà. Nel nuovo assetto principesco, i ruoli sono ormai assegnati più rigidamente rispetto al recente, e mai del tutto dissolto, passato repubblicano, e sarà cura esclusiva del principe, se del caso, metterli in discussione o modificarli⁽¹³⁹⁾.

Così scandagliate, le leggi suntuarie possono aiutarci a scrutare dall'interno l'immaginario dell'uomo premoderno, e restituirci la percezione esatta di un'esperienza di potere — quale quella del nascente Stato territoriale fiorentino — per la quale l'ordine rappresentava un bisogno primario ineludibile, un ordine magari anche da riprogettare dopo la crisi dell'universalismo medievale, ma al quale imprescindibilmente rimanere ancorati.

⁽¹³⁷⁾ ASF, Provisioni, Protocolli, 66 (24 gennaio 1514).

⁽¹³⁸⁾ ASF, PR, 206, cc. 17r-18v.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. G. CIAPPELLI, *Le leggi suntuarie a Firenze nell'età Moderna da Cosimo I a Pietro Leopoldo*, in «Nuova Rivista Storica», CIII (2019), 1, pp. 143-172. Nel segno di una nobiltà che deve solo al principe la sua origine, le leggi suntuarie di Cosimo I cominciano a mostrare, in controluce, pure un atteggiamento diverso verso il territorio: non più oggetto passivo di dominio e di controllo militare, ma uno spazio bisognoso di essere governato anche a vantaggio dei suoi abitanti. Vengono, così, esonerati dai divieti, oltre ai beneficiari consueti, i cortigiani, i nuovi cavalieri di Malta e di S. Stefano, gli ambasciatori, i commissari, i rettori estrinseci del Dominio. E, negli statuti comunitativi, ai privilegi dei nobili cittadini di Firenze fanno eco quelli di una cerchia locale altrettanto ristretta.

Abstracts

PIETRO COSTA, *'To tell the truth': an impossible mission for historiography?*

Historiography traditionally promises to provide an informed and reliable reconstruction of the past. In the Nineteenth century both historicism and positivism trusted historiography as an instrument capable of telling us «how things had gone». During the Twentieth century numerous and diverse philosophic movements questioned the cognitive performances of historiography. In recent years, Hayden White has asserted the merely 'narrative' nature of historiography, while simultaneously undermining (or even abolishing) the difference between 'fiction' and 'representation' of reality. Can we still assume that historiography 'tells the truth' about the past or must this expectation be considered a Nineteenth century illusion?

PAOLO SLONGO, *Montaigne and lame justice*

The essay aims to show the critique of the general form of Justice is illustrated by Montaigne with concrete examples that open a viewpoint on the ferocious historical scene of France of the Civil Wars of Religion and that show the radical gap separates the *ratio* of the law and its effective application until producing the opposite result with respect to the one sought. The situation that is described in the *Essais* proposes, in its undeniable and crude reality, the question of the Justice in the specific laws and punishments. That is, a lame Justice. How to make the general rule coincide with the singular case? How to prevent the search for justice from being immediately diverted with respect to the purpose that the norm that should implement it proposes? And that is to prevent positive law from turning into cruel injustice?

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, *The magical realist Constitution: Real constitution and political reform in Los Funerales de la Mamá Grande (1959), by Gabriel García Márquez*

The text proposes a code reading of the 'Literary Culture of Law' from the short story by Gabriel García Márquez (1927-2014)

entitled *Los Funerales de la Mamá Grande* [*Big Mama's Funeral*] (1959). From that perspective, in the verbal magic or magical realism of its argument and in the architectural and constructive elements used in the ideation of the protagonist's 'house' it is possible to discover legal-political metaphors capable of revealing and exposing foundational features of the Colombian constitutional history — the fight between liberals (federalists, 1863) and conservatives (unitarians, 1886) — or the configuration of its definitive collapse in the political debate that originated the 1957 plebiscite for the approval of a constitutional reform.

IVAN CARDILLO - YU RONGGEN, *The Chinese legal culture between tradition and modernity*

The essay analyzes current trends and challenges of Chinese legal debate. Current Chinese legal culture is a result of three elements: tradition, modernity, and political thought. These three elements, in their fixed forms, represent respectively the traditional Chinese law, Western law, and Socialism. Their forms, starting from the mid-19th century, undertook a long process of mutual integration in the hope to deal with social changes, economic challenges, and to define a new cultural identity. This unaccomplished process, for long time based on the logic of dualism self-other, needs today new patterns. A new approach should be used, Chinese and Western legal cultures should be compared using an innovative integrative approach, avoiding simplifications and overlaps of categories, concepts and principles.

HÉCTOR DOMÍNGUEZ BENITO, *Territorial republicanism in the United States of Colombia: José María Quijano Otero and the American uti possidetis*

The search for certainty regarding borders with other powers became a priority for Spanish-American governments during the second half of the nineteenth century. Whereas from a domestic perspective such certainty proved to be useful for *ad intra* state building, it was also a matter of necessity in a context of regional proliferation of the so-called «boundary disputes». This article explores how this process took place in the United States of Colombia (1863-1886) by focusing particularly on the role played by José María Quijano Otero, director of the National Library and Chair of *Historia patria* at the National University. Quijano Otero's efforts were dedicated to the consolida-

tion and popularisation of the *uti possidetis iuris* principle, emphasising the validity of the former administrative demarcations of the Monarchy as a basic tenet of the Spanish-American republics. As a result, colonial titles and conceptions of territory that had been highly infused with the colonial period paradoxically became crucial for the nineteenth-century «patriotic» and «republican» project.

OLINDO DE NAPOLI, *Colonialism through penal deportation in the Italian political and legal debate: from Unification to the beginning of the colonial enterprise*

In post-unification Italy, the legal culture was involved in an extensive debate on the introduction of the penalty of colonial deportation. The debate reached its peak in the 1870s when some politicians and intellectuals regarded the colonial deportation of convicts as the necessary alternative to the death penalty. The debate on the establishment of such punishment is a problem not only for the history of the legal culture. Involved in that far-ranging discussion were political elements, languages, and styles typical of the colonialist culture. According to some thinkers and politicians, the penitentiary colonies were necessary and preparatory to the establishment of 'free colonies'. Moreover, some jurists equated habitual criminals with the 'savages' of the countries to colonize. The majority of Italian jurists, along with the general supervisor of prisons, opposed overseas deportation and eventually won the battle, as the criminal code of 1889 did not introduce this penalty. This opposition meant that they rejected the use of an issue that should have been purely legal for political purposes, but this did not necessarily entail that they were opposed to colonial expansion.

ALBERTO SPINOSA, *Between the Norm and the Exception: the concept of ius singulare in the Italian legal debate between the 19th and the 20th century*

The distinction between *ius commune* and *ius singulare* cannot be considered the most famous dichotomy. However, during the 19th and 20th century it plays an important role in order to define a theoretical strategy against the potential irrationality of politics. Focusing on the Italian debate, this essay aims to analyse how the concept of *ius singulare* elaborated by Savigny in the middle of the 19th century, serves to establish, paradoxically, a process of 'constitutionalisation' of the unitary civil code.

IRENE STOLZI, *The new century: jurists and traditions in Fascist Italy*

The article seeks to highlight the role played by the references to 'tradition' in the Italian legal thought after world war I. This kind of reference became increasingly important relating to the perception that a new historical season has taken shape (for instance: Tullio Ascarelli saw in the war the 'real end of the nineteenth century'). The crisis of the old world, on one side, and, on the other, the research of different ways to design the relationships between private and public and to renew the jurists' epistemological habit, contributed to open a lot of different questions about tradition (what it was? Which part of it could/should survive? which part had to be considered only an expression of the past?). Moving from these questions, the paper follows the different answers given by the jurists even considering their different positions in the building process of the fascist State.

RICCARDO FERRANTE, *Ideologies of the judiciary and judges' legal culture: tradition, nomophilachia, formants and historical method*

The system of normative sources is now undergoing profound changes. The role of judges and jurisprudential law is also becoming fundamental in the Italian legal system. In this regard, there are significant contributions from exponents of the legal culture of the judges, mostly oriented towards the introduction of the 'stare decisis' regime also in the Italian legal system. It is a particular choice of ideology of jurisdiction. This theme is linked to that of the 'common legal traditions' placed at the basis of the European Union and its jurisdictional system. The phenomena examined can only be understood from a historical perspective and therefore by applying the historical method rigorously.

RAFFAELE VOLANTE, *The patrimonial conception of taxation in the ius commune*

The article examines the principal legal doctrines of *ius commune* in the field of taxation, highlighting how jurists constructed taxes with no reference to State sovereignty. For the *ius commune*, fiscal duties were the result of custom alone. To build up a tax system on customary rules, however, involves certain features, unknown to modern taxation, based upon the rule of law. Most important amid those

features is to construe tax virtually as one legal burden upon each specific thing, which passes on each subsequent holder of ownership rights above each asset. In that way, the power to raise taxes is another sort of property, lying with many others on land and subject to the same limitations.

RICARDO SONTAG, «*The only exception to the Christian civilization*»: *the whipping issue within Brazilian criminal law literature (1824-1886)*

The purpose of this article is to comprehend how the Brazilian criminal law literature of the nineteenth century dealt with the whipping issue, more precisely, if (and how) jurists positioned themselves on this penalty reserved for slaves by the 1830 criminal code, even when the literary genre practiced was the comment (in principle, exegetical) of the positive law. Therefore, the heuristic potential of Mario Sbriccoli's historiographic concepts of *duplice livello di legalità* and *penalistica civile* were tested in relation to the Brazilian context. In this sense, the existence of the penalty of whipping could be understood not as a shift that kept Brazilian criminal law partially away from liberalism, but as a particularly serious case of *duplice livello di legalità* inherent to such conception and as an issue that even raised the civic commitment of Brazilian jurists for its abolition. Sometimes, the civic commitment for the abolition of whipping was depotentialized by the admission that the fact of slavery demanded such a penalty; sometimes the civic commitment for the revocation of whipping met with the commitment for the abolition of slavery as such. The *penalistica civile* concept does not fully fit with the Brazilian context, but the notion of civilization was important and, functioning as an ideal for the critique of institutions, mitigated the tendency to immobility raised by the gender commentary and the notion of progress that marked the vision of history of eighteenth-century jurists, in addition to operating as a link between legal thought and a broader social imaginary.

CARLOS PETIT, *Spanish women from Cadiz*

Were women excluded from the Spanish nation? This has been supported by an authoritative reading of Article 5 of the 1812 Constitution. However, the constituent debates (in particular the discussions of Article 22) show that the female condition did not prevent inclu-

sion in the nation. The lack of political rights (in particular, the right to vote) did not imply the loss of civil rights, especially when the woman was not limited by the power of the father or a husband. In the extreme political circumstances of the so-called liberal Triennium (1820-1823) many women acted politically, as 'citizens' who took up arms against the attempts of absolutism.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2018-2019

Sono stati graditi ospiti del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno: in occasione del Convegno su Weimar, il prof. Ricardo Marcelo Fonseca, Rettore dell'Università Federale del Paraná; dal 2 ottobre al 24 novembre del 2019 Julia Farah Scholz dell'Università Federale di Santa Catarina per svolgere una ricerca su *Kelsen, Schmitt e il problema del 'Guardiano della Costituzione': per la costruzione di una giurisdizione costituzionale*; dal 15 al 22 novembre del 2019 il prof. Arno Dal Ri Júnior dell'Università Federale di Santa Catarina per approfondire, anche in qualità di *visiting* del Dipartimento di eccellenza, il tema *Pasquale Stanislaio Mancini in Sud-america: le trasformazioni culturali del Principio di Nazionalità in Argentina, Brasile e Uruguay*; infine dal novembre 2019 Arthur Barreto dell'Università Federale del Minas Gerais, che era stato nostro ospite anche nel 2017 e ha partecipato con successo alla selezione dell'attuale ciclo di dottorato del DSG, con un progetto di ricerca sullo *Statuto giuridico dei militari: diritti sociali, disciplina amministrativa e ruolo sociale delle Forze armate in Brasile (1870-1942)*, seguito come tutor dal prof. Bernardo Sordi.

È stato pubblicato il volume XLVIII (2019) dei «Quaderni fiorentini», numero miscelaneo con saggi di Enrique Álvarez Cora, Giancarlo Anello, Federigo Bambi, Emanuele Castrucci, Bartolomé Clavero, Maurizio Fioravanti, Tommaso Gazzolo, Giuseppe Guizzi, António Manuel Hespanha, Cristiano La Lumia, Ángel M. López y López, Luca Mannori, Gustavo Adolfo Nobile Mattei, Michele Pifferi, Pier Paolo Portinaro, Gustavo S. Siqueira e Giuseppe Vettori.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati nel 2019 quattro volumi, collegati a diverso titolo alle linee di ricerca individuate dal Centro, ovvero il volume 119, Francesco Saverio Nisio, *Lucien Lévy-Bruhl. Filosofia, scienze sociali, giustizia*; il volume 120, Costantino Mortati, *La costituzione di Weimar*, con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti; il volume 121, *Sindacati e diritto del lavoro tra dittature e democrazie nell'Europa mediterranea e latina del XX secolo*, atti del Convegno tenutosi a Firenze il 23-24 novembre 2017, a

cura di Irene Stolzi; e il volume 122, Paolo Passaniti, *Il diritto cangiante. Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano*. È stata quasi ultimata la digitalizzazione e la pubblicazione dei volumi della 'Biblioteca' sul sito web del Centro.

Il Centro ha contribuito allo sviluppo delle seguenti tematiche di ricerca finanziando un assegno di ricerca e cofinanziando un ulteriore assegno, nonché una borsa di ricerca:

— assegno di ricerca 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 cofinanziato (con SSD IUS/02) su *Arte e moda: un rapporto stretto in cerca di nuovi strumenti di tutela*;

— borsa di ricerca 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 altresì acquisito ulteriori finanziamenti esterni che hanno dato avvio ad altrettante ricerche:

— dal Comune di San Gimignano, euro 5.000, a seguito dell'Accordo ex art. 15 della legge 7 agosto 1991 n. 241 per condurre *una indagine conoscitiva relativa alla proprietà delle mura storiche cittadine di San Gimignano*;

— dalla Fondazione Ente Cassa di Risparmio, euro 15.000, su bando competitivo 2017 per sviluppare la tematica *Rischio contrattuale e libertà del mare: la vicenda storico-giuridica delle assicurazioni marittime*;

— ancora dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Firenze, euro 10.000, su bando competitivo 2018 per sviluppare la ricerca su *Opinione pubblica e democrazia nell'era digitale. Una riflessione tra storia, politica e diritto*.

Infine, nell'ambito delle attività di cofinanziamento del Progetto 'Dipartimenti di Eccellenza 2018-2022', il Centro contribuisce all'erogazione di una borsa di dottorato aggiuntiva annuale su tematiche che vogliono contribuire alla realizzazione della prima delle tre aree di sviluppo previste dal Progetto: 'La dimensione europea e transnazionale degli studi giuridici'.

— La borsa assegnata per il XXXIV Ciclo tratta *La storicità della dimensione giuridica europea con particolare riferimento ai diritti sociali: sviluppo e crisi*.

— La borsa finanziata per il XXXV Ciclo ha quale oggetto di studio *Unità e pluralismo giuridico in Europa tra Otto e Novecento*.

Ad aprile del corrente anno è stato approvato il finanziamento della borsa da erogare nel XXXVI Ciclo che tratta *Figure del pluralismo nel Novecento europeo*.

Il 16 maggio 2019 si è tenuto il convegno *Autonomia privata e fonti del diritto*, con la partecipazione di Paolo Grossi (Professore emerito dell'Università di Firenze, Presidente emerito della Corte Costituzionale), Giuseppe Morbidelli (Professore emerito dell'Università La Sapienza di Roma), Baldassare Pastore (Università di Ferrara), Antonello Cosentino (Consigliere della Corte di Cassazione), Michele Labriola (Notaio in Bari, Coordinatore della Commissione studi civilistici del Consiglio nazionale del Notariato), Enzo Cheli (Professore emerito dell'Università di Firenze, Vicepresidente emerito della Corte Costituzionale).

Il 3 e 4 ottobre 2019 si è tenuto il convegno *Weimar 1919. Alle origini del costituzionalismo democratico novecentesco*, nella bella cornice di Palazzo Medici Riccardi. L'occasione, evidentemente, era offerta dai cento anni della *Weimarer Reichsverfassung* (WRV), ma l'appuntamento non voleva avere intenti meramente celebratori. Il convegno si è concentrato sull'obiettivo di aprire una discussione, in prospettiva storico-teorica, sulla vicenda del costituzionalismo democratico novecentesco, il cui momento epifanico proprio in Weimar si è voluto individuare. La prima sezione congressuale, intitolata «Weimar, un'esperienza tedesca» e presieduta da Lorenzo Ornaghi è stata dunque dedicata alla specifica esperienza costituzionale weimariana e soprattutto ai suoi elementi più caratterizzanti (e quindi più tipicamente novecenteschi). Ad essa hanno partecipato F. Lanchester, M. Stolleis, P. Ridola, C. Gusy, T. Keiser. Nella seconda invece, intitolata «Weimar un paradigma europeo» e presieduta da Mariuccia Salvati, si è inteso interrogarsi sull'eredità che la WRV ha lasciato all'Europa. Qui le relazioni hanno toccato tutte le principali esperienze europee: la lunga eredità che Weimar ha lasciato alla dottrina italiana (L. Lacchè), la controversa relazione con Weimar che ebbe la giurispubblicistica francese (C.M. Herrera), per giungere poi alla Spagna della seconda Repubblica (G. Demarchi), passando per il prezioso parallelo tra le due esperienze costituenti gemelle del primo dopoguerra, quelle di Weimar e Vienna (S. Lagi), e concludendo infine con un'originale e non scontata incursione nella cultura britannica (M. Loughlin). A chiosare i due giorni di lavori congressuali è infine intervenuta una tavola rotonda nella quale i partecipanti (M. Fioravanti, G. Silvestri, E. Cheli, P. Caretti, P. Pombeni e G. Gozzi) si sono interrogati sulle prospettive presenti e future del costituzionalismo democratico.

Con riferimento infine ai seminari e alle lezioni patrocinati dal Centro ricordiamo la presentazione del volume di Giovanni Bisogni, *La «politicità» del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, il 20 marzo 2019; la lezione tenuta il 13 maggio 2019 dal prof. Arno Dal Rì Junior (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasile) sul tema *Per un*

vero pluralismo giuridico sudamericano. Confronti fra l'ordinamento federale brasiliano ed ordinamenti dei popoli indigeni e tribali tutelati dalla Convenzione OIL 169; e quella tenuta il 20 maggio 2019 dal prof. Ermanno Taviani (Università di Catania) sul tema Cinema, fascismo e legislazione razziale.

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Pagina introduttiva</i>	1
---	---

MODELLI E DIMENSIONI

PIETRO COSTA, <i>'Dire la verità': una missione impossibile per la storiografia?</i>	9
PAOLO SLONGO, <i>Montaigne e la giustizia zoppa</i>	43
JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>La constitución magicorrealista</i> Constitución real y reforma política en <i>Los funerales de la Mamá Grande</i> (1959), de Gabriel García Márquez	79
IVAN CARDILLO - YU RONGGEN, <i>La cultura giuridica cinese tra tradizione e modernità</i>	97

LA DIMENSIONE GIURIDICA

HÉCTOR DOMÍNGUEZ BENITO, <i>Territorial republicanism in the United States of Colombia</i> José María Quijano Otero and the American <i>uti possidetis</i> . . .	137
OLINDO DE NAPOLI, <i>Colonialism through penal deportation in the Italian political and legal debate. From Unification to the beginning of the colonial enterprise</i>	185
ALBERTO SPINOSA, <i>Tra regola ed eccezione: il concetto di ius singulare nel dibattito giuridico italiano tra Otto e Novecento</i>	221
IRENE STOLZI, <i>Il secolo nuovo: giuristi e tradizioni nell'Italia del ventennio</i>	267
RICCARDO FERRANTE, <i>Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata. Tradizione, nomofilachia, formanti e metodo storico</i>	307

FIGURE DELL'ESPERIENZA

RAFFAELE VOLANTE, <i>La concezione patrimoniale dell'imposta nel diritto comune</i>	349
RICARDO SONTAG, « <i>Excepção única à civilização cristã</i> »: o problema dos açoites na literatura jurídico-penal brasileira (1824-1886)	375
CARLOS PETIT, <i>Españolas gaditanas. En recuerdi de António M. Hespanha</i>	419

PER ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, <i>António Hespanha, um historiador inquieto</i>	457
PAOLO CAPPELLINI, <i>Per António Manuel: un ricordo dall'età dell'oro</i>	473
BARTOLOMÉ CLAVERO, « <i>El cimientó de nuestra amistad</i> ». <i>Lembrança de António Manuel Hespanha jovem e não tão jovem</i>	485
RICARDO MARCELO FONSECA, <i>O demiurgo 'cool': o elo de António Manuel Hespanha e a historiografia jurídica brasileira</i>	513

TAMAR HERZOG, <i>António Manuel Hespanha on How Jurists (and Historians) (Should) View the World</i>	525
MARTA LORENTE, <i>António Manuel Hespanha en Cantoblanco</i>	539

LETTURE

FRANCESCO BENIGNO, <i>Terrore e terrorismo. Saggio storico sulla violenza politica</i> , Torino, 2018 (Giacomo Pace Gravina)	555
<i>Cinema e Diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia</i> , a cura di Orlando Roselli, Torino, 2020 (Giovanni Cazzetta)	561
PAOLO GROSSI, <i>Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani</i> , Macerata, 2019 (Diego Quaglioni)	566
<i>Ideology and Criminal Law. Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes</i> , Stephen Skinner (ed.), Oxford, 2019 (Florian Jeßberger-Tobias Beinder)	571
DANIEL MAUL, <i>The International Labour Organization: 100 years of global social policy</i> , Berlin, 2019 (Virginia Amorosi)	576

DISCUSSIONI

Su TAMAR HERZOG, *A Short History of European Law. The Last Two and a Half Millennia*. Interventi di:

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ, <i>Un libro útil que no habría desagradado a George Steiner</i>	583
SIMONA CERUTTI, <i>L'unità frammentata della cultura giuridica europea</i>	591
ANDREW FITZMAURICE, <i>Continuity and discontinuity</i>	599
TAMAR HERZOG, <i>On the Role of History in the Present</i>	609

A PROPOSITO DI...

DAMIANO CANALE, <i>Considerazioni sul significato filosofico della storia della filosofia del diritto</i> . (A proposito di «Diacronia: Rivista di storia della filosofia del diritto», I, 2019, 1)	621
PIO CARONI, <i>Dalla coutume al codice? (A proposito di Adrien Wyssbrod, De la coutume au code. Résistances à la codification du droit civil à Neuchâtel sous l'Ancien Régime, Neuchâtel, 2019)</i>	641
GIOVANNI CHIODI, <i>Una storia del diritto privato diversa</i> . (A proposito di Pio Caroni, <i>Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche</i> , Basel, 2015)	655
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>La excepción y la normalidad</i> . (A propósito de la historia comparada de un constitucionalista)	687
FRANCESCO M. DE SANCTIS, <i>Interpretare, argomentare, deliberare nella crisi dello Stato contemporaneo</i> . (A proposito di Emanuele Stolfi, <i>Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto</i> , Torino, 2018)	723

MARIO LIBERTINI, <i>Passato e presente del diritto commerciale</i> . (A proposito di tre libri recenti)	735
ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, <i>Derecho inglés y civil law: la «convergencia asintótica»</i> . (A propósito de John Cartwright, <i>Introducción al Derecho inglés de los contratos</i> , Cizur Menor, 2019)	773
STEFANO MALPASSI, <i>Né «medioevo della modernità», né «specchio del presente»</i> . <i>Gli anni trenta tra crisi e trasformazioni transnazionali</i> . (A proposito di K.K. Patel, <i>Il New Deal. Una storia globale</i> , Torino, 2018) . . .	795
LORENZO PACINOTTI, <i>Naturali sviluppi del passato: trasformazioni New Liberal della legislazione sociale britannica</i> . (A proposito di J. Cooper, <i>The British Welfare Revolution, 1906-14</i>)	821
GIANLUCA RUSSO, « <i>El desordine è peccato</i> ». <i>Un aspetto della costruzione dello Stato territoriale fiorentino: l'offensiva moralizzatrice del Quattrocento</i> . (A proposito di Uberto da Cesena, <i>Quaestio disputata Bononie</i>)	851

ABSTRACTS

PIETRO COSTA, <i>'To tell the truth': an impossible mission for historiography?</i>	895
PAOLO SLOGO, <i>Montaigne and lame justice</i>	895
JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>The magical realist Constitution: Real constitution and political reform in Los Funerales de la Mamá Grande (1959), by Gabriel García Márquez</i>	895
IVAN CARDILLO — YU RONGGEN, <i>The Chinese legal culture between tradition and modernity</i>	896
HÉCTOR DOMÍNGUEZ BENITO, <i>Territorial republicanism in the United States of Colombia: José María Quijano Otero and the American uti possidetis</i> . . .	896
OLINDO DE NAPOLI, <i>Colonialism through penal deportation in the Italian political and legal debate: from Unification to the beginning of the colonial enterprise</i>	897
ALBERTO SPINOSA, <i>Between the Norm and the Exception: the concept of ius singulare in the Italian legal debate between the 19th and the 20th century</i> .	897
IRENE STOLZI, <i>The new century: jurists and traditions in Fascist Italy</i>	898
RICCARDO FERRANTE, <i>Ideologies of the judiciary and judges' legal culture: tradition, nomophilachia, formants and historical method</i>	898
RAFFAELE VOLANTE, <i>The patrimonial conception of taxation in the ius commune</i>	898
RICARDO SONTAG, « <i>The only exception to the Christian civilization</i> »: <i>the whipping issue within Brazilian criminal law literature (1824-1886)</i>	899
CARLOS PETIT, <i>Spanish women from Cadiz</i>	899

RAGGUAGLI FIORENTINI

<i>Attività del centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2018-2019</i>	903
---	-----

I collaboratori del «Quaderno» 49

VIRGINIA AMOROSI

Ricercatrice di Storia del diritto medievale e moderno – Università Federico II di Napoli

TOBIAS BEINDER

Wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Lehrstuhl für Strafrecht – Humboldt-Universität zu Berlin

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

Catedrático de Filosofía del Derecho – Universidad de Málaga

DAMIANO CANALE

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto – Università Bocconi

PAOLO CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

IVAN CARDILLO

Ricercatore – Zhongnan University of Economics and Law (Cina)

PIO CARONI

Prof. Emeritus – Universität Bern

GIOVANNI CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Ferrara

SIMONA CERUTTI

Directrice d'études – EHESS, Paris

GIOVANNI CHIODI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Milano-Bicocca

BARTOLOMÉ CLAVERO

Prof. Emérito de Historia del derecho y de las instituciones – Universidad de Sevilla

PIETRO COSTA

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

OLINDO DE NAPOLI

Ricercatore di Storia contemporanea – Università Federico II di Napoli

FRANCESCO M. DE SANCTIS

Prof. Emerito di Filosofia del diritto – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

HÉCTOR DOMÍNGUEZ BENITO

Prof. Ayudante Doctor de Historia del Derecho y de las Instituciones – Universidad Autónoma de Madrid

RICCARDO FERRANTE

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Genova

ANDREW FITZMAURICE

Professor of the History of Political Thought – Queen Mary University of London

RICARDO MARCELO FONSECA

Professor de História do direito – Universidade Federal do Paraná (UFPR)

TAMAR HERZOG

Monroe Gutman Professor of Latin American Affairs – Harvard University

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ

Profesor Contratado Doctor – Derecho civil – Universidad Pablo de Olavide (Sevilla – España)

FLORIAN JEßBERGER

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte – Humboldt-Universität zu Berlin

MARIO LIBERTINI

Prof. Emerito di Diritto Commerciale – Università «La Sapienza» di Roma

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Prof. Emérito de Derecho civil – Universidad de Sevilla

MARTA LORENTE

Catedrática de Historia del Derecho – Universidad Autónoma de Madrid

STEFANO MALPASSI

Borsista di ricerca in Storia del diritto – Università di Firenze

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

Professora Auxiliar de História do Direito – Universidade nova de Lisboa

GIACOMO PACE GRAVINA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Messina

LORENZO PACINOTTI

Dottorando di Teoria e Storia dei Diritti Umani – Università di Firenze

CARLOS PETIT

Catedrático de Historia del derecho – Universidad de Huelva

DIEGO QUAGLIONI

Prof Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Trento

GIANLUCA RUSSO

Dottorando di Teoria e Storia dei Diritti Umani – Università di Firenze

PAOLO SLONGO

Laboratoire interdisciplinaire d'études sur les réflexivités – Fonds Yan Thomas (LIER-FYT) – EHESS, Paris

RICARDO SONTAG

Professor de História do Direito – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

ALBERTO SPINOSA

Ricamatore di Storia del diritto medievale e moderno – Università della Tuscia

IRENE STOLZI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

RAFFAELE VOLANTE

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Padova

YU RONGGEN

Professore – Southwest University of Political Science and Law (Cina)

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
- Vol. 49 (2020), 8°, p. 914

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, **GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE**
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, **LO STATO IMMAGINARIO**
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 **STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO**
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, **STILE FIORENTINO**
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

- 25 Bernardo Sordi, **TRA WEIMAR E VIENNA**
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « **LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO** »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 **LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA**
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 **LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES**
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, **LEZIONI DI GLASGOW**
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, **PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA**
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 **PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro**
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 **IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI**
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 **HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES**
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, **FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA**
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, **L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA**
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, **STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI**
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO
DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, *POTENZA E RAGIONE*
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, *LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO*
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, *LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO*
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, *LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO*
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, *IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO*
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 *CODICI*
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, *IURISDICTION*
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, *TRA LEGGE E CONTRATTO*
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, *LETTERE A MARIO FALCO*
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, *NEL SEGNO DEI TEMPI*
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, *PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)*
(2006), 8°, p. XII-374

- 68 Franco Cipriani, *SCRITTI IN ONORE DEI PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, *INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO*
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, *SOCIETÀ, DIRITTO, STATO*
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, *L'ORDINE CORPORATIVO*
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, *RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE*
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)*
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, *SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI*
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, *IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"*
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, *CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA*
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, *ANTES LEYES QUE REYES*
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, *DIRITTO D'OLTREMARE*
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, *STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA*
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, *NOBILTÀ DEL DIRITTO*
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, *LA RAGIONE DEL DIRITTO*
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, *GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007*
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268

- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisori 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
- 120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110
- 121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312
- 122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246

€ 92,00

024210286

ISBN 978-88-28-82402-2



9 788828 824022