

**per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno**

**50**

**T.I**

**2021**

**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); 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**

**50**  
(2021)

Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze

TOMO I

ISBN 9788828832218

ISSN 0392-1867

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2021  
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - [www.giuffrefrancislefebvre.it](http://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

(Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno)  
Cinquant'anni di *Quaderni fiorentini*

1. « Un cartoncino di una certa solidità »: cinquant'anni di *Quaderni fiorentini*. — 2. I *Quaderni* prima dei *Quaderni*. — 3. « Le projet de la revue n'est pas de rassurer mais d'inquiéter ». — 4. Il comune banco di lavoro alla prova. — 5. 'Dal monismo legalistico al pluralismo della posmodernità': le *Pagine* di Paolo Grossi. — 6. *Entanglements of legal orders* nel percorso dei *Quaderni*. — 7. Spazi e tempi del pluralismo giuridico 'moderno': paradigmi ed esperienze.

1. « *Un cartoncino di una certa solidità* »: cinquant'anni di *Quaderni fiorentini*.

La pregherei di volermi inviare qualche campione di un cartoncino che sia adatto alla copertina: Le raccomando un cartoncino di una certa solidità; mi sembra che i *Quaderni* nascano assai bene e costituiscano un fatto culturale importante; è giusto che escano in una maniera veramente decorosa.

La raccomandazione che, nell'aprile del 1972, accompagna la spedizione all'editore Giuffrè delle prime bozze del primo numero dei *Quaderni fiorentini* rinnova una richiesta espressa da Paolo Grossi già al momento dell'invio del manoscritto: « Per la copertina, ho spedito tutto il materiale preparato dal nostro 'designer' [...], sarebbe auspicabile, per il decoro esterno della pubblicazione, che si potesse reperire un cartoncino abbastanza solido » <sup>(1)</sup>. Incasellato

---

<sup>(1)</sup> Le lettere di Paolo Grossi al dott. Franco Rossi, allora Direttore editoriale della Casa editrice Giuffrè, sono del 18 aprile e del 21 febbraio 1972. La spedizione del materiale per la copertina è indirizzata al sign. Francesco Mariani, allora Direttore della Tipografia Multa Paucis di Varese. La corrispondenza qui citata è presente nell'Archivio

nelle geometrie disegnate dal giovane grafico Angelo Pontecorboli, il nome diventava cosa, il progetto azione.

Oggi, con copertina immutata, festeggiamo i *Quaderni* con un volume monografico dedicato a un tema, il pluralismo giuridico, inserito appieno nel percorso di studi promosso nel corso di mezzo secolo dalla nostra rivista. In cinquant'anni i *Quaderni* sono cresciuti e crescendo si sono inevitabilmente trasformati, ma — ci piace credere — hanno conservato i tratti portanti del progetto delle origini; un progetto che ancor oggi — dopo cinquanta annate, sessanta tomi, diciassette volumi monografici, più di seicento autori coinvolti e quasi duemila contributi — ci pare più che mai vitale e più che mai meritevole di essere portato avanti.

Rivolgere per un momento lo sguardo agli 'anni di fondazione', prima di inoltrarci nel tema del pluralismo giuridico, non vuol essere una vuota celebrazione, ma un modo di ricordare (e ricordare a noi stessi) alcuni punti fermi del 'progetto Quaderni' in questi cinque decenni fra due secoli; un modo per riaffermare un metodo di lavoro che ci pare ancora utile per comprendere il presente e guardare al futuro.

## 2. *I Quaderni prima dei Quaderni.*

La scelta del cartoncino per la copertina segna il punto di arrivo della vita dei *Quaderni* prima dei *Quaderni*. Nei primi giorni di settembre del 1971, Paolo Grossi fa circolare la 'Pagina introduttiva', quattro fogli — stampati in 315 copie dalla Tipografia Giuntina, in via Ricasoli a Firenze — presentati come estratto «Dai 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno' vol. I». La rivista non ha ancora una casa editrice (il contratto con Giuffrè sarà chiuso a fine novembre del '71) e i saggi da inserire nel primo numero non sono stati ancora definiti ma i *Quaderni* già esistono, indicano con precisione il progetto attorno a cui è possibile «stabilizzare qualcosa», estendendo e rafforzando la piccola comu-

---

del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, raccolta in Cartelle relative a ciascun volume dei *Quaderni*.

nità di studiosi raccolta nel ‘Gruppo di studio per la storia del pensiero giuridico moderno’<sup>(2)</sup>.

Il progetto è iscritto nel nome: *quaderni*, non rivista di un chiuso settore, non rivista di storia del diritto, né rivista ‘italiana’, non generico contenitore ma rivista-progetto con oggetto di studio molto specifico: *storia del pensiero giuridico moderno*. Lì dove l’aggettivo *moderno* apre un nuovo fronte di ricerca e invita al dialogo storici e giuristi, mentre *storia del pensiero giuridico* richiama una dimensione universale da storicizzare e da studiare senza cedimenti idealistici, senza confondere universalità con assolutezze e dogmatismi; una dimensione da cogliere nell’esperienza della vita sociale e da usare come filtro privilegiato per l’analisi dell’ordine (« storia del pensiero giuridico — si scrive nella *Pagina introduttiva* — è, per così dire, storia della grammatica sociale posta in essere dai giuristi »)<sup>(3)</sup>.

La calorosa accoglienza riservata, tra luglio e agosto, alla prima diffusione del progetto in un ristretto gruppo di giuristi lascia presagire che il terreno sia fertile. Natalino Irti [22 luglio 1971]: « L’iniziativa dei ‘Quaderni’ è eccellente, e soddisfa un bisogno avvertito da tutti noi »; Stefano Rodotà [30 luglio 1971]: « la tua iniziativa [...] deve valere non solo verso il mondo degli storici, per svegliarli e stimolarli, ma anche verso il più vasto mondo dei giuristi »; Sabino Cassese [8 agosto 1971]: « puoi immaginare quanto il tuo programma di lavoro mi trovi consenziente. Ritienimi

(2) A fine maggio del 1971 Grossi scrive a Corrado Pecorella, allora membro del Comitato direttivo del Consiglio nazionale delle ricerche: « Vo vagheggiando la creazione in Firenze di un piccolo ‘Centro per la storia del pensiero giuridico moderno’, magari con un suo foglio annuale dedicato specificamente allo stesso tema, dei ‘quaderni’ »; in una successiva lettera di metà giugno fa più specifico riferimento all’obiettivo di « stabilizzare qualcosa », indicando i giovani allievi, il trentenne Mario Sbriccoli e il ventiseienne Pietro Costa, come gli studiosi più direttamente impegnati con lui a procedere nella nuova direzione di studi. Sul punto si cfr. Paolo CAPPPELLINI, *I segni dei tempi*, in P. GROSSI, *Trent’anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. V-XXVII.

(3) Cfr. P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 23-25; 40-41; 48-51; ID., *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 68-77; ID., *Considerazioni conclusive*, in *Stile fiorentino. Veinticinco años de los Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* (Coords. Pablo Fernández Albaladejo, Clara Álvarez Alonso), Madrid, UAM Ediciones, 2000, p. 193 e ss.

impegnato alla sua realizzazione»; Giovanni Tarello [8 agosto 1971]: «la tua lettera esprime preoccupazioni e speranze che pienamente condivido»; Raffaele Ajello [19 agosto 1971]: «desidero esprimerti subito il totale ed incondizionato mio plauso per la tua iniziativa»; Bruno Paradisi [21 agosto 1971]: «Mi chiedi di essere presente. Ti rispondo naturalmente di sì».

In settembre, quando la 'Pagina' è diffusa in modo più ampio, le reazioni sono immediate, numerosissime<sup>(4)</sup>. Il progetto di un rinnovamento della scienza giuridica attraverso un 'comune banco di lavoro' tra storici e cultori del diritto positivo è l'aspetto che più colpisce: è da realizzare affermando («riscoprendo») una comune tensione politico-ideale<sup>(5)</sup>; superando improduttivi monologhi<sup>(6)</sup>, dialogando e cercando «il diretto e costante contatto con le esperienze reali della società»<sup>(7)</sup>. Jacques Ellul, anticipando riflessioni sulla *spécificité du droit* che poi apriranno la sezione 'Modelli e dimensioni' del secondo *Quaderno* del 1973, invita a estendere il colloquio alla sociologia<sup>(8)</sup>; Jean Maillet insiste sulla «nécessité scientifique d'abandonner l'érudition et l'abstraction et de nous tourner plutôt vers les problèmes modernes que vers le Moyen-

---

(4) «Carissimo Grossi, grazie per l'introduzione — bella come un'ouverture! — ai 'Quaderni fiorentini'. Già il nome sembra contenere un programma ed un auspicio»: la lettera di Mario Pisani, datata 7 settembre 1971, è tra le prime a giungere; della stessa data anche le risposte di Alberto Burdese; Mario E. Viora; Pietro Piovani, Luigi Berlinguer. Nei giorni successivi: Giovanni Conso, Michele Giorgianni, Enzo Cheli, Francesco Cavalla (9 settembre); Paolo Frezza, Giuseppe Pera (10 settembre); Berardino Libonati, Mario A. Cattaneo, Emanuele Somma (13 settembre); Giovanni Cassandro, Domenico Corradini, Ennio Cortese (15 settembre); Massimo Severo Giannini (17 settembre); Giulio Vismara (19 settembre); Giuseppe Guarino, Aldo Moro (20 settembre); Livio Paladin, Giovanni Pugliese, Pasquale Paone (21 settembre); Riccardo Orestano, Paolo Barile, Helmut Coing, Gino Gorla, Piero Bellini (22 settembre); Vezio Crisafulli, Alessandro Malinverni, Domenico Maffei (23 settembre); Michele Costantino (24 settembre); Guido Astuti (26 settembre); Giovanni Ferri, Gaetano Catalano (27 settembre); Antonio Negri (5 ottobre); Giorgio Cian (12 ottobre); Antonio Padoa Schioppa (17 ottobre); Manlio Bellomo (21 ottobre); Franco Bricola (26 ottobre). Per un'analisi dettagliata della 'Prima corrispondenza' (questo il nome della Cartella che raccoglie le lettere del 1971) si cfr. CAPPELLINI, *I segni dei tempi*, cit.

(5) Adolfo Di Majo, 15 settembre 1971.

(6) Alessandro Giuliani, 3 ottobre 1971.

(7) Francesco Galgano, 10 novembre 1971.

(8) Jacques Ellul, lettere del 5 agosto e del 25 settembre 1971.

Âge »<sup>(9)</sup>; Michel Villey presenta il superamento dell'erudizione fine a sé stessa come indispensabile strumento di salvataggio della storia del diritto<sup>(10)</sup>, un tema questo che riprenderà poco più di un anno dopo aprendo il suo intervento al Convegno sulla Seconda Scolastica: « Quand j'ai lu le premier numéro des *Quaderni fiorentini*, j'y ai vu, moi qui ai le malheur de professer cette discipline, une opération de sauvetage de l'histoire du droit. L'histoire du droit, du moins en France, a besoin d'être *sauvée*, je veux dire surtout d'échapper à l'indifférence des juristes, de nos collègues des Facultés de droit, que nos travaux d'érudition pure laissent de plus en plus froids »<sup>(11)</sup>.

Pubblicato a fine giugno del 1972, il 'primo numero' si presenta come la coerente attuazione del programma iscritto nel nome. « Carrissimo Paolo, / evviva! / Il primo dei 'Quaderni fiorentini' è uno splendore. Elegante nella forma, moderno nella formula, ricco e vario nel contenuto, con assoluta coerenza al programma di contributo e documentazione per la storia del pensiero giuridico moderno » [Giovanni Conso, 22/07/1972]; « Caro Paolo, i tuoi 'Quaderni fiorentini' sono veramente fiorentini, cioè splendidi: direi dalla copertina fino all'ultima pagina! Ci aiuteranno un po' tutti — lo spero e te lo auguro — a capire quella che può e deve essere la vera dimensione della cultura giuridica » [Mario Pisani, 21/07/1972].

### 3. « *Le projet de la revue n'est pas de rassurer mais d'inquiéter* ».

L'invito al dialogo fra giuristi e ad aperture interdisciplinari, a recuperi epistemologici (« recupero della storia del diritto alla scienza giuridica », « recupero della unitarietà della scienza giuridica »<sup>(12)</sup>) scuoteva consolidate certezze e trovava nei primi anni

<sup>(9)</sup> Jean Maillet, 31 agosto 1971.

<sup>(10)</sup> La lettera di Villey è del 19 agosto 1971.

<sup>(11)</sup> L'intervento di Villey è nel primo volume della 'Biblioteca' (*La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno, Incontro di studio — Firenze, 17-19 ottobre 1972*), la citazione è a p. 53. Sul punto si cfr. anche GROSSI, *Pagina introduttiva*, in QF 18 (1989).

<sup>(12)</sup> La parola 'recupero' ha un ruolo essenziale nel 'progetto': « è ormai tempo di operare due recuperi: riacquisire, da parte dello storico del diritto, il senso della unitarietà della *scientia iuris*; recuperare, da parte del giurista di diritto positivo, il senso

Settanta terreno fertile in quella parte della scienza giuridica che, criticando neutralità, astrattezze e purezze, richiedeva un rinnovamento della tradizione e un più attento confronto con l'intrinseca politicità del diritto, tra la dimensione giuridica e i mutamenti della società (basti pensare, da questo punto di vista, al pressoché contemporaneo avvio delle riviste *Politica del diritto* e *Materiali per la storia della cultura giuridica*). In anni ancora segnati dal « trionfalismo marxista imperante in Italia dal secondo dopoguerra », la scelta di porre al centro dell'attenzione il vocabolo 'pensiero' era invece meno semplice, meno scontata, come ci ricorda oggi Grossi: « Rifutando di parlare soltanto di 'cultura', come si era soliti fare nascondendosi entro una nozione polisemica e ambigua, volli — al contrario — segnare con un inchiostro assai carico il vocabolo 'pensiero'; certamente non per mie adesioni idealistiche, ma per sottolineare la convinzione che la dimensione teorica è nervatura relevantissima della storia; intendendo, ovviamente, il 'pensiero' quale espressione di idealità e di ideologie, di intelaiature scientifiche e di elaborazioni tecniche, segno sempre e comunque della dominanza dell'uomo quale perno del divenire storico con il suo intelletto, la sua cultura, le sue intuizioni, la sua capacità di leggere il mondo fisico e sociale, di interpretarlo e anche di modificarlo »<sup>(13)</sup>.

La necessità di tenere assieme 'aperture' e specificità del progetto rappresentò una questione centrale nella fase di avvio della rivista. La sezione *Modelli e dimensioni* era stata disegnata da Grossi e Pietro Costa come momento di confronto con 'l'esterno', come spazio dedicato, oltre la dimensione giuridica, a una « larga ma doverosa ospitalità che trovava il suo limite unicamente nel rigore culturale della pagina ospitata »<sup>(14)</sup>. Iscritto com'era nello stesso progetto di partenza, l'impegno a declinare assieme indispensabili

---

della storicità quale dimensione intrinseca del fenomeno giuridico ». *Pagina introduttiva*, QF 1 (1972), p. 2.

<sup>(13)</sup> P. GROSSI, *Oltre le storie nazionali: il 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze fra passato e presente*, in questo volume a p. 748. Sul punto si veda anche ID., *I "Quaderni fiorentini" e il loro progetto culturale: 46 anni dopo*, in « Rivista di storia del diritto italiano », XC (2017), pp. 67-77, in particolare pp. 73-75.

<sup>(14)</sup> P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Storia e cronistoria dei 'Quaderni fiorentini')*, QF 30 (2001), p. 5.

aperture e specificità dell'oggetto di studio doveva, però, essere mantenuto in tutte le sezioni del *Quaderno*. Proprio per questo si imponevano sin da subito scelte rigorose per dare precisa identità alla rivista ed effettività al progetto: « Il volume che tu presenti — scrive Grossi a un collega che propone una lunga recensione — è genericamente dedicato al 'diritto' e, non so con quanta legittimità possa accogliere la tua presentazione in una rivista che, come hai visto dalla pagina introduttiva, è dedicata a un oggetto tanto specifico da non consentire evasioni » (15).

Entro il perimetro segnato dalla specificità dell'oggetto di studi nessuna ideologica chiusura, nessuna preclusione nei confronti di scritti culturalmente validi anche se considerati eretici dai 'benpensanti'. Significativo da questo punto di vista il carteggio con André-Jean Arnaud. Pur avendo inizialmente qualche incertezza sul nome (« Mon ami Mario Sbriccoli m'écrit que vous êtes sur le point de fonder la revue 'Quaderni toscani di storia del diritto'... »), Arnaud fu fra i primi ad offrire la sua collaborazione, proponendo una bibliografia sulla storia del pensiero giuridico in Francia e un saggio sulla « paix bourgeoise » particolarmente critico nei confronti della scienza giuridica ufficiale (16). L'accoglienza favorevole (« Sarò lietissimo di ospitarlo, anche se — penso — farà scuotere gli orecchi dei bravi borghesi ») è accompagnata soltanto dalla richiesta di chiarimenti riguardo alla possibile sovrapposizione con il libro *sous presse* dal titolo quasi identico (17). Arnaud precisa le differenze con il libro, la diretta rilevanza del saggio per il pensiero giuridico e l'esclusiva destinazione ai *Quaderni*: « Cet article — je pense — trouverait difficilement sa place dans une autre revue » (18); e, dopo la definitiva accoglienza de 'La paix bourgeoise' nei *Quaderni*, ripete

---

(15) La lettera è del 15 dicembre 1971.

(16) Le lettere di André-Jean Arnaud sono del 9 luglio, del 23 agosto e del 22 novembre 1971.

(17) GROSSI, 15 dicembre '71. Il volume cui si fa riferimento è '*Essai d'analyse structurale du Code civil français: la règle du jeu dans la paix bourgeoise*'.

(18) « Le livre [...] est une étude *synchronique* de *sémiologie de la signification* ; l'article que je vais vous adresser très bientôt, et que je vous suis très reconnaissant de bien vouloir publier, est une étude *historique, diachronique*, relevant pour la pensée juridique très directement. Ce n'est ni une partie du livre, ni un texte publié ailleurs, mais un article *sui generis*, conçu *pour* les *Quaderni*, en fonction de leur orientation propre.

grato e sorpreso « un *livre* sur ce thème n'aurait *aucune chance* d'être publié en France! » (19).

Presentando negli stessi mesi la rivista al pubblico francese, Arnaud propone, forse non a caso, come tratto caratteristico del 'progetto *Quaderni*' la volontà di superare stantie divisioni, la capacità di aprire nuovi percorsi, di destare interessi, provocare, sorprendere: « Or le projet de la revue n'est pas de rassurer mais d'inquiéter » (20).

Movendo dalla 'naturale vocazione' dello storico del diritto « ad abbattere confini troppo angusti e a schiudere varchi, impedire eccessivi inaridimenti culturali », la *Pagina introduttiva* al secondo volume, innalza questo tratto a parte integrante della 'missione' della rivista: « si porrà come la cattiva coscienza del giurista con una funzione squisitamente provocatoria. Sarà testimone e premonitore di futuribili più che analista del passato ».

#### 4. *Il comune banco di lavoro alla prova.*

Momento di verifica dell'effettiva tenuta del comune banco di lavoro *fra* giuristi (storici, filosofi del diritto, cultori di un diritto positivo) è la preparazione dei numeri monografici dedicati al socialismo giuridico (1974-75), alla proprietà (1976-77), a Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento (1978). In più cantieri aperti in contemporanea studiosi appartenenti a discipline diverse lavorano fianco a fianco. Quando il primo *Quaderno* è finalmente distribuito, nel giugno del 1972, non solo è in avanzata fase di preparazione il secondo volume (un 'quasi monografico' con saggi concentrati sulla pubblicistica e sul diritto penale moderno), ma

---

Cet article — je pense — trouverait difficilement sa place dans une autre revue ». Arnaud, 2, XII, 1972.

(19) Molteplici erano stati i rilievi critici di Grossi ma la pubblicazione era stata accolta. Arnaud si scusa per aver reagito bruscamente alle critiche: « Comme je l'avais écrit avec passion, j'ai réagi avec passion, persuadé (à tort) que vous ne vouliez pas accepter de lire ce manuscrit avec l'état d'esprit dans lequel je l'avais conçu = la volonté de sortir de la routine académique. Je m'excuse ». Arnaud, 20 febbraio, 30 marzo e 16 giugno 1973 (da quest'ultima lettera le citazioni).

(20) La recensione è in « *Revue historique de droit français et étranger* », 51 (Janvier-Mars 1973), 1, pp. 175-177.

sono già in pieno svolgimento anche i lavori per il volume sul socialismo giuridico e di lì a poco si apre il nuovo cantiere per il monografico sulla proprietà<sup>(21)</sup>. La progettazione è affidata a ‘incontri’ cui fanno seguito ‘lettere-invito’, ‘lettere-circolari’, ‘circolari-invito’ e poi ancora nuovi seminari e incontri, riunioni di Redazione.

Le ‘lettere-invito’ mirano a incentivare le partecipazioni e a ‘sollecitare’ interessi<sup>(22)</sup>, a sollecitare « un comune impegno di lavoro sul comune terreno della storia del pensiero giuridico moderno »<sup>(23)</sup>; i contatti successivi definiscono le partecipazioni, evidenziano nessi tra piani di lavoro (numerose ‘gli scambi’ tra il volume sul socialismo giuridico e quello sulla proprietà), definiscono qualche « collaborazione del tutto particolare »<sup>(24)</sup>. Nascono in questi anni di fondazione collaborazioni destinate a protrarsi nel tempo e

---

(21) Nella *Pagina introduttiva* al volume sul socialismo giuridico Grossi richiama « il programma diffuso nel gennaio del 1974 », in quella al volume sulla proprietà fa riferimento al « ‘programma-invito’ del dicembre 1975 ». I lavori in realtà erano stati avviati molto tempo prima. La prima riunione per preparare il volume sul ‘socialismo giuridico’ si era svolta già nel novembre del 1972 (del gennaio 1973 è la prima « circolare-invito »; cui fa seguito la « struttura » del 1974 che subisce poi, nel corso di « due intensissimi anni di lavoro », ulteriori modificazioni). Non dissimile il percorso del monografico sugli *Itinerari della proprietà moderna*: il « programma-invito » del dicembre del 1975 era stato infatti preceduto da una bozza di programma del febbraio del ’74, redatta mentre i lavori del volume sul socialismo giuridico erano in pieno svolgimento: « Tema del IV volume anno 1975: “Istanze ‘realizzatrici’ e modello ‘dominativo’: idoli, problemi, costruzioni della scienza giuridica moderna” » (il volume risulta quarto perché non era ancora stato fissato l’accorpamento tra il terzo e il quarto volume).

(22) « Il piano del terzo volume è straordinariamente sollecitante — e solleticante. Vorrei essere davvero all’altezza del compito. Posso promettere solo che farò del mio meglio, perché la cosa mi interessa molto »: Eugenio Garin, 16 giugno 1973.

(23) Così, ad esempio, Grossi nella lettera (5 marzo 1974) con cui invita Ludwig Raiser a partecipare al volume sugli itinerari moderni della proprietà.

(24) « A Lei non chiediamo un saggio autonomo — scrive Grossi a Franz Wieacker [21 settembre 1974] — ma una collaborazione del tutto particolare »: la rilettura, a quaranta anni di distanza dalla data di pubblicazione, di un suo saggio divenuto un ‘classico’. Qualche mese prima anche Salvatore Pugliatti aveva accettato l’invito di redigere una ‘postilla 1975’ al suo studio sulle proprietà di quarant’anni prima: « La proposta che mi fa (a parte l’imbarazzo d’essere considerato [...] un classico ‘vivente’, che è per altro un segno di stima, del quale Le sono profondamente grato) mi sembra allettante » (25 maggio, 1974 e 16 giugno 1974). Pur concretizzandosi con un titolo l’anno dopo, la ‘postilla’ di Pugliatti non giungerà mai in porto per la scomparsa dell’Autore il 22 maggio del 1976.

a estendersi, oltre la scienza giuridica francese e tedesca inizialmente privilegiate, al mondo iberico e all'America latina <sup>(25)</sup>.

Gli 'incontri' promossi nel corso degli anni Settanta testimoniano un metodo di lavoro fedele al progetto. Un solo esempio, relativo a una riunione del giugno del 1976 che costituisce il momento centrale della prima fase di preparazione del volume dedicato a *Betti e la scienza giuridica del Novecento*. Gli appunti di Grossi e le successive lettere dei partecipanti all'incontro ci restituiscono la vivacità del confronto e del 'lavoro comune' diretto a considerare i profili da approfondire (Betti e l'ermeneutica, e lo storicismo, e la revisione dell'idealismo, e la visione di determinati istituti, e la teoria dell'autonomia privata...) e a ricercare punti di convergenza per evitare « il biografismo », « la galleria », « il tono scolastico e frammentario » <sup>(26)</sup>. Nell'ottobre del 1976 l'oggetto del volume è finalmente definito in una riunione di Redazione: « il

---

<sup>(25)</sup> Fra gli studiosi stranieri contattati per i volumi sul socialismo giuridico e sugli itinerari della proprietà moderna troviamo René Savatier, Jean Carbonnier, Paul Ourliac, Josef Esser, Franz Wieacker, Norbert Reich, Thilo Ramm, Dieter Schwab, Arthur Kaufmann, Ludwig Raiser, Walter Wilhelm, Gerhard Dilcher, Pio Caroni. Un più intenso confronto con il mondo iberico si ha grazie alla segnalazione di Johannes-Michael Scholz [lettera del 25.10.1976] di Mariano Peset Reig e, nel gruppo di giuristi facenti capo a José Martínez Gijón, di Bartolomé Clavero. Il primo contatto di Clavero con Grossi è di qualche giorno successivo (21-11-1976).

<sup>(26)</sup> Partecipano alla riunione del 12 giugno del 1976: Mario Bretone, Luigi Capogrossi, Giuliano Crifò, Antonio De Gennaro, Piero Fiorelli, Alessandro Giuliani, Natalino Irti, Giuliano Marini, Francesco Romano, Umberto Santarelli, Mario Sbriccoli, Aldo Schiavone, Salvatore Tondo. Le osservazioni di Pietro Costa, impossibilitato a partecipare, sono riferite da Grossi. Le lettere indirizzate a Grossi dopo la riunione precisano le posizioni: Irti (15 giugno 1976) insiste sulla necessità « di assumere Betti come *punto di vista* sulla storia del pensiero giuridico europeo, ricostruendo i legami con la cultura del tempo e l'influenza sulle generazioni successive »; Antonio De Gennaro (16 giugno 1976) propone di accostare Betti « al motivo culturale dominante del suo tempo: lo storicismo idealistico »; Giuliano Marini (21 giugno 1976) si associa alla 'preoccupazione di Costa' di non disperdere la personalità dell'autore in una molteplicità di interessi e di attività; Mario Bretone (21 giugno 1976) propone di cogliere, anche attraverso le pagine di Betti e della dottrina, i rapporti fra giuristi e fascismo, e i nessi tra il sistema giuridico e la tradizione (nella polemica con Gadamer); Giuliano Crifò (27 giugno 1976) chiede di mettere a fuoco solo punti specifici per cogliere i nessi tra storia e diritto nella scienza giuridica italiana della prima metà del XX secolo; Luigi Capogrossi e Aldo Schiavone [cui si associa Massimo Brutti] (15.7.76) insistono sulla proposta di « sciogliere l'esame della figura di Betti all'interno di alcuni nodi problematici partico-

Novecento giuridico visto col tramite di una personalità esemplare e dei nessi tematici che quella personalità ha sviluppato»; « l'opera di Betti — scrive Grossi nella 'lettera invito' a Hans Georg Gadamer [Firenze, 5.10.76] — ci è sembrata assai rappresentativa delle ansie e delle istanze che percorrono la più sensibile scienza giuridica del Novecento, e perciò culturalmente viva e meritevole di essere attentamente considerata nei suoi valori, nei suoi messaggi, nelle sue contraddizioni ».

Negli anni di fondazione i *Quaderni* si affermano come luogo di incontri: « Questo — scrive Paolo Grossi nel gennaio del 1976 — è un momento di incontri, e il nostro modesto foglio vorrebbe assolvere una precisa funzione anche e soprattutto sotto questo profilo; il giurista — senza abdicare alle peculiarità del suo 'mestiere' e del suo angolo conoscitivo — ha urgenza di confrontarsi col politologo e col sociologo, magari nel filtro più riposato, più complesso, più definito della indagine storica » (27). Una funzione questa che è assolta appieno anche quando 'il lavoro comune' non si traduce in scritti nelle pagine dei *Quaderni*, come accade per il progetto di Pierangelo Schiera e Roberto Ruffilli su 'crisi dello Stato e scienze sociali' (28), che, pur non divenendo numero monografico, suscitò ampie discussioni e offrì suggerimenti per nuove ricerche e incontri (29).

Con i monografici i *Quaderni* assumono una precisa identità. Specifica è l'incidenza della Rivista nella cultura giuridica, la capacità di 'scandalizzare' e appassionare, suscitare dibattiti. Ne è certo

---

larmente significativi per ricostruire lo sviluppo della civilistica italiana, anche attraverso i suoi rapporti con la romanistica ».

(27) Grossi a Pierangelo Schiera, 5 gennaio 1976.

(28) Il progetto è perfezionato tra fine '76 e primi mesi del '77, dapprima con una bozza intitolata « Crisi dello Stato e scienze sociali in Occidente dal 1870 al 1930 »; successivamente con un testo più ampio e articolato (« Progetto di ricerca sulla crisi dello Stato »).

(29) Dalla discussione sul « documento di Schiera e Ruffilli » nasce, ad esempio, la proposta di Mario Galizia di rendere più specifico lo studio (ritenuto troppo ampio: « abbraccia troppe cose », scrive) preparando un monografico su « 'La riforma del metodo negli studi giuridici tra Otto e Novecento', da articolare con riferimento a due temi: I. Teoria della persona giuridica; II. Teoria degli atti giuridici » (le lettere di Galizia, indirizzate a Paolo Grossi e alla Redazione dei *Quaderni* sono del 17 febbraio e del 26 aprile del 1977).

Mario Galizia: « il merito del Quaderno [sul socialismo giuridico] consiste anche in questo, nel suscitare dibattiti intorno ad un argomento che sembrava per sempre archiviato. Auguri quindi rinnovati al Quaderno che [...] risveglia in noi tutti ‘querelles’ vecchie ma pur sempre capaci di appassionarci e di accenderci ad ‘asprigni sensi’ » (30).

Nel giugno del 1980, l’idea vagheggiata all’inizio degli anni Settanta diveniva realtà anche sul piano formale con l’istituzione del *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno*, che assumeva fra le sue finalità di « proseguire nella organizzazione e nella stampa della pubblicazione periodica ‘Quaderni fiorentini’ ». La coperta formale offriva solidità a una realtà in vigoroso sviluppo (31). Mirava — secondo il dichiarato intento di Grossi — a « stabilizzare qualcosa » depersonalizzando l’iniziativa, affermandola come espressione di « una comunità » e non di una scuola « fatta con una specie di stampo » (32). Nessun coro uniforme ma voci ben distinte, accomunate ‘soltanto’ dall’impegno nella ricerca e dal rigore culturale trasmessi dal Maestro (33).

---

(30) Mario Galizia a Paolo Grossi, 8 febbraio 1976.

(31) Quando uscì il nono Quaderno (che raccoglieva gli atti del Seminario internazionale ‘su Federico Carlo di Savigny’) era già in preparazione il volume sugli *Itinerari moderni della persona giuridica* (QF 11/12, 1982-83) e la Biblioteca contava dieci volumi; dieci anni dopo, i volumi erano già più di quaranta. La *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno*, attualmente diretta da Paolo Cappellini, conta oggi centoventotto volumi.

(32) Cfr. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., p. 68 e ss. ove (nella parte intitolata *A Firenze: un Centro di studi, una Rivista scientifica, una comunità di studiosi*) Grossi insiste sul « doveroso sforzo di depersonalizzare l’iniziativa che avevo contribuito a creare » e sull’idea di comunità, sulla differenza tra ‘scuola’ e ‘comunità’. Cfr. anche *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di Ilario Belloni e Eugenio Ripepe, Pisa, Pisa University Press, 2007: « Ho sempre avuto in uggia le pseudo-scuole universitarie fatte con una specie di stampo »; « [...] non parlerei di una scuola fiorentina, quanto piuttosto di una comunità » (p. 40).

(33) Ho ripreso quanto Pio Caroni, da sempre generoso amico dei *Quaderni*, scrive a Grossi a metà degli anni Ottanta: « ammiro senza limiti questo tuo nugolo di allievi: così diversi fra loro e così diversi dal loro Maestro, eppure tutti così vicini al tuo modo di impegnarti nella ricerca » (Caroni, da Berna 2 maggio 1986).

5. *‘Dal monismo legalistico al pluralismo della posmodernità’: le Pagine di Paolo Grossi.*

La scelta del tema pluralismo giuridico per festeggiare i cinquant’anni dei *Quaderni* non è casuale. L’argomento infatti, lo accennavo sopra, si inserisce appieno nel percorso di studi promosso dai *Quaderni*; è un filo conduttore in ideale continuità con le fondamentali preoccupazioni tematiche poste a caratterizzare sin dalle origini la Rivista: l’assunzione della riflessione storico-filosofica e del dialogo *con* i giuristi, *fra* i giuristi, a dimensione costitutiva della cultura giuridica. Da questo punto di vista, non è difficile — mi pare — unire il progetto delle origini con i nodi problematici oggetto del presente numero monografico.

Il fondatore della nostra rivista ha coltivato in tutto l’arco della sua attività scientifica il dialogo con i giuristi, assumendo il problema delle fonti del diritto come tema privilegiato per il confronto<sup>(34)</sup>. Nelle pagine di Grossi la necessità di « un recupero pluralistico » nasce da una scelta culturale, da una provveduta lettura tecnica della dimensione storico-giuridica, da un’interpretazione protesa a cogliere « il pluralismo giuridico di cui è intessuta la Costituzione », il pluralismo giuridico *ricosciuto* dai Costituenti<sup>(35)</sup>. Il profilo de-

---

(34) Cfr. Orlando ROSELLI, *Il progetto culturale e scientifico dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno nelle Pagine introduttive dei primi trent’anni* [2009], ora in Id., *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, Napoli, Esi, 2011, pp. 67-95. Più in generale si cfr. Paolo Grossi, a cura di Guido Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011 (tra i saggi di Grossi raccolti nell’antologia si veda in particolare: *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto* [2009], pp. 19-40).

(35) Cfr. P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, Quodlibet, 2019, a p. 70 e 94 ove tale scelta metodologica è riferita all’impatto del suo volume del 1977 (*‘Un altro modo di possedere’. L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*) nella cultura giuridica degli anni Settanta: «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 del pluralismo della Costituzione ». Da p. 94 del volumetto del 2019 ho anche ripreso il riferimento al pluralismo giuridico *ricosciuto* dai Costituenti: « un vocabolo ‘ricoscere’, 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* » (ivi, p. 94).

scrittivo e quello prescrittivo si saldano assieme anche nelle pagine dei *Quaderni*. Nel saggio che apre il volume monografico dedicato a Gény, *l'élargissement* delle fonti tra Otto e Novecento descrive il venir meno della monocrazia della legge a favore di un *effettivo* pluralismo <sup>(36)</sup> e indica la necessità di abbandonare condizionanti ipoteche monistiche e statocentriche. Movendo dalla occasione di una riflessione comune fra storici e giuristi sulla produzione legislativa, i due profili sono declinati congiuntamente nella *Pagina introduttiva* al ventiseiesimo *Quaderno* in cui la denuncia « delle miserie del legislatore italiano » supporta un accorato appello, quasi un manifesto, per un pluralismo giuridico *concreto*: « la strada per rendere finalmente concreto il pluralismo giuridico, che la Costituzione propone, corre sul filo di una visione critica dello strumento 'legge', di un ridimensionamento della sua funzione, di una demitizzazione della numinosità del legislatore » <sup>(37)</sup>. Non meno urgente, qualche anno dopo, è la richiesta di un *recupero* pluralistico, di un *sincero* pluralismo giuridico: « dobbiamo affrettarci verso una mèta che è un diritto senza Stato; il conseguimento di questa mèta è anche conseguimento di un effettivo pluralismo giuridico » <sup>(38)</sup>.

Necessaria conseguenza del pluralismo sociale del Novecento e della dimensione fattuale valorizzata dalla globalizzazione, di una « posmodernità » che reclama un ruolo « inventivo » degli interpreti, il pluralismo delle fonti del diritto è, nelle pagine sempre più ricche dedicate da Grossi al tema, realtà da riconoscere e obiettivo da raggiungere: « la Costituzione, con il suo proporci un pluralismo sociale e un corrispondente pluralismo giuridico, con il suo proporsi essa stessa quale interpretazione/invenzione, esige una visione plu-

---

<sup>(36)</sup> P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ripensare Gény)*, QF 20 (1991) *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, p. 37.

<sup>(37)</sup> P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ossia delle miserie del legislatore italiano)*, QF 26 (1997), p. 5. L'occasione cui si fa riferimento è data dal Convegno su tema 'Giuristi e Legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto' organizzato dal Centro di studi nel settembre del 1996.

<sup>(38)</sup> P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, QF 31 (2002), *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, p. 55. Si cfr. anche Id., *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, QF 29 (2000), pp. 551-558; Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006; Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

ralistica delle cosiddette fonti, con la precisazione necessaria che queste sono tutte accomunate da un riscoperto carattere inventivo. Legislatore, giurisprudenza, scienza, prassi sono tutti coinvolti in un'opera di costruzione, una costruzione che non dovrà mai smentire quel carattere » (39).

La tensione tra unità e pluralità, tra ricostruzioni pluralistiche e perdurante, ingombrante, presenza di una mentalità monistica si accentua e si risolve nella postmodernità che esige un pluralismo *effettivo, concreto, sincero, autentico*. Le aggettivazioni utilizzate da Grossi fissano un diritto della « posmodernità » finalmente oltre le gerarchie e il pluralismo *nominale* della modernità: « Per il giurista il pluralismo si concretizza soprattutto in un rinnovato assetto delle fonti del diritto e significa pluralismo di fonti. Non il pluralismo meramente nominale attuato nella modernità, quando il rigido assetto gerarchico isteriliva tutte le fonti collocate in gradini inferiori al primo riservato esclusivamente alla legge, bensì una pluralità di fonti ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre; dove il paesaggio giuridico segnala più una rete che una scansione gerarchica, giacché tutte sono ugualmente impegnate in una attività di ricerca, di scoperta, di invenzione » (40).

Ideato inizialmente come saggio destinato a questo *Quaderno*, il recentissimo lavoro di Grossi sul *diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno* segue l'itinerario *dal monismo legalistico al pluralismo giuridico* riprendendo, condensando e arricchendo le sue riflessioni sulle fonti del diritto e sul pluralismo giuridico. « Riscoperta del nesso inscindibile fra il diritto e la società », il pluralismo « con-

---

(39) P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, QF 47 (2018), p. 9 e ss.

(40) « Positività del diritto, oggi, non può — dopo il 1° gennaio 1948 — coincidere con statualità. Lo Stato non esaurisce la giuridicità, che trova la sua nicchia congeniale nel più comprensivo contesto della Repubblica. Una Repubblica, che agli occhi disincantati del giurista non può non apparire come una ricca pluralità di ordinamenti giuridici, ciascuno dei quali, *ab origine* intrinsecamente giuridico, è tenuto — ai fini del riconoscimento — al rispetto di quei valori basilari che assumono, testualmente, la sagoma dei 'principii fondamentali' e della 'prima parte' della Carta; ciascuno dei quali è tenuto a intridersi di quei valori, perché costituiscono il perno della rinnovata convivenza repubblicana ». P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, QF 47 (2018), p. 329 e ss., p. 333.

creto » si manifesta nelle fonti giurisprudenziali (dottrina, giudici, notai) « capaci di offrire alle mutazioni del tempo di transizione l'elasticità ignara alla legge ma necessaria a garantire coerenza fra forme giuridiche e sostanza sociale » (41). Pensato come generosa collaborazione al presente numero monografico ma poi divenuto 'autonomo' (ed inserito come volume centoventiquattresimo nella *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno*), il libro di Grossi è per questo ma ovviamente non solo per questo parte integrante, costitutiva, del presente numero dei *Quaderni*.

## 6. Entanglements of legal orders *nel percorso dei Quaderni*.

In sintonia con i tratti vocazionali della rivista, la questione del pluralismo giuridico unisce dunque più volumi dei *Quaderni* (42). Richiami e confronti con il tema sono ampiamente, e inevitabilmente, presenti nel già menzionato numero monografico sull'*ordine giuridico europeo*, un ordine che, vedendo concorrere molteplici fonti interne ed esterne, squarcia l'immagine di monolitici e compatti ordinamenti giuridici sovrani pur continuando a confrontarsi con la questione della sovranità (43). Da un diverso angolo visuale, l'argomento ritorna nel volume 33/34 (*L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*) dedicato a considerare — anche con attenzione al nuovo sguardo sulla modernità generato dagli studi postcoloniali — la situazione di convivenza tra sistemi giuridici tradizionali e moderni affermatasi nelle colonie europee. Il *Quaderno* — come precisava Pietro Costa nella *Pagina introduttiva* —

---

(41) P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, Milano, Giuffrè, 2021.

(42) A metà degli anni Ottanta, il tema è oggetto di analisi all'interno delle sezioni monografiche, curate da Alberto Febbrajo, dedicate a *Storia e sociologia del diritto*, QF 13 (1984), e a *Sociologia e antropologia del diritto*, QF 14 (1985). In quest'ultimo volume si vedano in particolare i saggi di Leopold POSPISIL, *Law* (p. 23 e ss.) che affronta il tema del pluralismo nella prospettiva dell'antropologia giuridica (nel 1971 Pospisil aveva pubblicato il fortunato volume *Anthropology of Law: a Comparative Theory*) e di Sandra BURMAN, *Legislation for social change in a 'multi-cultural' society* (p. 173 e ss.).

(43) ENZO CANNIZZARO, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, in QF 31 (2002), p. 245 e ss.

aveva l'obiettivo di approfondire il nesso fra diritto e colonizzazione alla luce della stretta complementarità fra metropoli e colonia, fra modernità dello Stato di diritto nello spazio europeo e diversa temporalità dello spazio extra-europeo, fra assimilazione e riconoscimento delle differenze culturali, « assunte come un diaframma insuperabile e al contempo apprezzate come uno strumento funzionale alla perpetuazione dell'assoggettamento » (44). Nella tensione fra tali polarità, il pluralismo giuridico si presentava soprattutto come strumento di controllo e di governo della colonia: la convivenza di molteplici diritti nello stesso spazio sociale faceva emergere un pluralismo fragile e squilibrato, che presupponeva la conservazione di confini identitari e, al tempo stesso, la 'naturale' scomparsa di usi e costumi delle popolazioni soggette alla colonizzazione europea (45).

Nel 2012 un gruppo di saggi dedicati all'esperienza della colonizzazione torna ancora a porre l'attenzione sulle interpretazioni della pluralità. È soprattutto Antonio Hespanha che, confrontandosi con le particolarità del pluralismo dell'impero portoghese, richiama l'attenzione sull'inopportunità di un semplicistico parallelismo tra 'il ritorno' del pluralismo giuridico nel presente e *the entanglement of legal orders* dei primi imperi coloniali moderni (46).

Dedicato a indagare *unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento* seguendo l'uso del lemma 'autonomia' *entro, oltre, contro* la logica di un'unità-sovrana, nel 2014 è l'intero *Quaderno* a incrociare ancora il tema del pluralismo. Movendo dalla contesta-

---

(44) P. COSTA, *Pagina introduttiva*, QF 33/34 (2004/2005).

(45) La sovra-ordinazione dello Stato coloniale (assunto come *il* polo ordinatore della diversità, investito della missione di fissare norme di funzionamento e statuti giuridici delle popolazioni coinvolte) non era messa in discussione: Cristina NOGUEIRA DA SILVA, « *Missão civilizacional* » e *Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (séculos XIX-XX)*, QF 33/34 (2004/2005), pp. 900-901; 915. Nello stesso volume si cfr. anche P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in particolare p. 214 e ss.; Luigi NUZZO, *Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del 'soggetto indigeno'*, p. 463 e ss.

(46) António Manuel HESPANHA, *Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa*, QF 41 (2012), p. 101 e ss. Ma si cfr. anche ID., *Pluralismo jurídico e direito democrático*, São Paulo, 2013; ID., *Is there place for a separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography*, QF 48 (2019), pp. 15-16; 23.

zione del «totalitarismo statale» e del «feticismo dello Stato nazionale unitario» è in particolare il discorso federalista a celebrare i nessi tra autonomia e pluralità per «restituire allo Stato la sua costituzione naturale, la sua costituzione pluralistica», per ricercare un ordine non più monocentrico ma multipolare<sup>(47)</sup>. Per altro verso, è anche dall'uso nella giuspubblicistica del lemma 'autonomia', così ricco di rinvii all'esterno e impossibile da costringere in una compiuta insularità, che affiora la difficoltà di porre in essere una ricostruzione 'paritaria' tra la molteplicità delle parti e lo Stato; uno Stato costantemente posto a rappresentare, in quanto titolare della sovranità, l'imprescindibile momento di unità.

7. *Spazi e tempi del pluralismo giuridico 'moderno': paradigmi ed esperienze.*

Leggere congiuntamente e sinergicamente il pluralismo giuridico 'moderno' — come intendiamo fare in questo *Quaderno* — significa confrontare la mutevole tensione fra molteplicità e unità presente nella realtà sociale con le interpretazioni e le costruzioni di quella realtà proposte dai giuristi. Intrecci e sinergie, identità e distanze tra la cosa e il nome mutano nello spazio e nel tempo, nelle esperienze e nell'ordine del discorso giuridico.

Quanto sono distanti le letture di unità e pluralità presenti prima e dopo il trionfo dello statalismo? Il pluralismo orizzontale del medioevo quanto ha a che fare con il pluralismo che si contrappone al monismo dello Stato-sovrano? Possono dirsi espressione di effettivo pluralismo forme di organizzazione 'interne' alla sovranità statale, forme 'deboli' di pluralità? Dopo il trionfo delle geometrie della sovranità, è ipotizzabile un pluralismo 'paritario', 'autonomo'?

Le diverse possibili risposte creano, ingrandiscono o rimpiccioliscono il concetto e la presenza nello spazio e nel tempo di un pluralismo *effettivo, reale*. Anche chi vede il pluralismo giuridico

---

(47) Si cfr. Corrado MALANDRINO, *Autonomia e federalismo. Una compresenza necessaria, sussidiaria, sinergica*, in QF 43 (2014), *Autonomia — Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, p. 294 e ss.; da p. 327 e ss. sono tratte le citazioni di Silvio Trentin critico della «statolatria» e della «visione neoassolutizzante dello Stato».

come la « condizione normale del diritto » interrotta dal sistema legislativo uniforme dello Stato, e dalla sua pretesa di imporre la legge positiva come solo destino ufficiale del diritto, stenta poi a cogliere una continuità assoluta tra il prima e il dopo 'l'interruzione' con cui il monismo statalistico ha provato a cancellare dalla nostra coscienza persino il ricordo dell'assetto pluralistico <sup>(48)</sup>. Certo, separando in maniera netta pluralismo giuridico *di fatto*, elaborazione dottrinale e formalizzazione normativa <sup>(49)</sup>, possiamo contrapporre la fattualità « vecchia » e « reale » del pluralismo al monismo giuridico « giovane » e « fittizio », il pluralismo « sempre esistito » al « monismo normativo rigoroso presente solo nella fantasticheria dello Stato ». Pur facendo nostra l'affermazione per cui « no hay teoría de pluralismo jurídico capaz de representar la pluralidad real ni historiografía que la abarque » (Bartolomé Clavero), occorre tuttavia continuare a chiedersi se sia possibile 'vedere' le esperienze di pluralismo senza filtri, se sia possibile coglierle nella loro nuda realtà.

Il progressivo trionfo della statualità verticale e gerarchica — un percorso che ci viene presentato nel suo momento genetico da Marco Meriggi e da Luca Mannori — offre la rappresentazione di universi che si confrontano senza più parlare la stessa lingua. Il processo di accentramento e uniformazione del diritto, il trionfo dello Stato-nazione e della sovranità, non si limita ad assorbire giurisdizioni, istituzioni, prassi della realtà plurale, ma modifica il modo di pensare la relazione tra unità e pluralità: nel 1783, Edmund Burke evidenzia « la difficoltà di intendere le sottili alchimie policentriche attraverso il 'filtro fallace e nebuloso' di una statualità di impronta verticale e gerarchica, come quella che andava emergendo su scala globale a fine Settecento » (Meriggi); a metà Ottocento, la progressiva espansione delle prerogative dello Stato si scontra con

---

<sup>(48)</sup> Brian Z. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in « Sydney Law Review », 30 (2008), pp. 375-411; ID., *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*, Oxford, Oxford Un. Press, 2021.

<sup>(49)</sup> Si cfr. nel saggio di Bartolomé Clavero: il pluralismo giuridico di fatto non è accompagnato né da un'elaborazione dottrinale che lo motivi, lo sostenga, lo avalli o lo rafforzi, né da una formalizzazione normativa che lo riconosca, lo assuma, lo regoli e lo articoli.

l'assetto di antico regime sia negli spazi dell'Impero asburgico (« Impero con Stato, Stato con Impero »), sia nello Stato-nazione (nelle immagini di un'Italia 'una o plurima' analizzate da Luca Mannori); nel primo Novecento, è ancora ben visibile nei contrasti tra Impero e Stato (« Pluralismo de Imperio, monismo de Estado ») nel momento della Società delle Nazioni (Clavero). Un confronto che — come si evince dal saggio di Eliana Augusti — caratterizza a fondo nell'Ottocento anche lo spazio imperiale ottomano, proteso a far coesistere l'unicità del diritto islamico, indifferente al principio di territorialità, con comunità religiose 'altre' residenti nell'Impero e munite di un sistema 'autonomo'.

Quanto muta però lo sguardo degli interpreti a seguito del trionfo del 'filtro fallace e nebuloso' della statualità? E quanto quello sguardo muta la realtà? Il pluralismo giuridico rivendicato da Eugen Ehrlich contro l'uniformità del diritto unico dell'Impero, il suo 'diritto senza Stato', che intende conservare e preservare la pluralità presente nell'impero asburgico, è davvero in perfetta continuità con il formidabile intreccio di unità e pluralità esistente 'prima dello Stato'? Siamo di fronte alla stessa realtà, allo stesso pluralismo?

La mappa storico-concettuale del pluralismo giuridico proposta da Pietro Costa pone un punto fermo, distinguendo pratiche e discorsi, pluralità e pluralismo. Il paradigma pluralistico non è dato dalla semplice presenza di pluralità ma dall'opposizione al monismo statualistico e al centralismo. Nel paradigma pluralistico il diritto 'per' è anche diritto 'contro': il vedere, valorizzare, rendere visibile, recuperare *non-state legal systems*, *diritto senza Stato*, *oltre lo Stato*, *ordine 'senza legge'* acquista senso in opposizione all'esclusività del diritto statale e al rifiuto della sovranità come condizione di possibilità, di pensabilità, del giuridico. L'esser 'contro' separa pluralità da pluralismo, rendendo pleonastico l'uso dell'aggettivo 'moderno' accanto a pluralismo giuridico.

Se la semplice 'pratica' della pluralità non ci offre di per sé un discorso pluralistico, la semplice 'opposizione' al monismo non propone tuttavia interpretazioni univoche né dell'esperienza, né del dilemma relativo alla coesistenza tra unità e pluralità dell'ordine.

La ricerca di una connessione tra *Genossenschaft* e *Herrschaft*, *Vielheit* e *Einheit*, rappresenta il momento centrale del pensiero di Otto von Gierke, tutto proteso — come evidenzia Francesco D'Urso

— a disegnare un ordine costituito da una composita trama di relazioni comunitarie non subordinate allo Stato: il diritto è plurale, indipendente dallo Stato, non racchiudibile nell'ordine formale della sovranità di Gerber e Laband; le *Genossenschaften* sono manifestazioni 'reali' di un ordine sociale pluralistico proteso verso l'unità e in continua tensione con essa. La sfida lanciata all'unità statale è frontale. Stenta tuttavia a prospettare una 'parificazione' completa fra pluralità e unità: pur se non intesa più come minaccia allo Stato-sovrano, la pluralità appare orfana di un vertice e protesa alla sua ricerca. Contraddizione questa che emerge nettamente dal percorso scientifico di Maurice Hauriou proposto da Andrea Salvatore: Hauriou disegna « un universo in cui non c'è grumo di materia d'ordine che non si plasmi in forme istituzionali »; presto però nella sua ricostruzione tutte le istituzioni 'originarie', 'indipendenti' « si scoprono figlie del padre-Stato », garante dell'unità, modello di organizzazione, « istituzione delle istituzioni ». Nel leggere 'in parallelo' Santi Romano e Karl N. Llewellyn, Mariano Croce evidenzia il nesso tra stabilità e contingenza, tra istituzione e contingenza: il pluralismo di Romano e la teoria dell'istituzione di Llewellyn si presentano protese a porre un argine alla disgregazione, ad opporre una fragile e transitoria stabilità alle mutevolezze della contingenza. La stessa tensione tra 'mobilità della pluralità' e 'unità immobile' caratterizza profondamente il pragmatismo e il pluralismo 'federale' di Harold J. Laski, l'Autore che spinge più a fondo la sfida decostruttiva della sovranità statale (Martin Loughlin).

Le soluzioni del dilemma non sono uniformi. Le interpretazioni della dimensione giuridico-politica di inizio Novecento sono sempre più sostenute dalla consapevolezza dei limiti del monismo statale e dall'urgenza di nuovi strumenti di comprensione del valore vitale del diritto dei gruppi e di una realtà sociale non più racchiudibile nelle semplificazioni ottocentesche; eppure la ricerca di un punto di stabilità torna a proporre — accanto e dentro alla nuova visione complessa dell'ordine apertasi con la crisi dello Stato moderno — un riferimento alla « pluralità degli ordinamenti [che], lungi dal cancellare la rilevanza dello Stato, la conferma, attribuendo all'ordinamento statale e solo a esso, l'elemento della sovranità » (così Pietro Costa con riferimento a Santi Romano). Un tratto questo del pensiero di Romano confermato dalla lettura di Luigi Nuzzo

dell'*Ordinamento giuridico* alla luce del contemporaneo *Corso di diritto coloniale*, impartito a Firenze nel Regio Istituto di Scienze Sociali « Cesare Alfieri ». Intesa come un accessorio dello Stato, la colonia è separata dalla metropoli da un diverso livello di civiltà che esclude coincidenze e legittima la vigenza di un diritto differente, più arretrato, simile « a quello vigente presso di noi in epoca più antica ». La diversa matrice spazio-temporale tiene assieme unità e pluralità, e allo stesso tempo giustifica indispensabili supremazie gerarchiche: lo scarto di temporalità su cui poggia la relazione coloniale fa così emergere — come scrive Gianluca Bascherini — un diritto « plurale ma non pluralistico », che esalta le differenze a fini di assoggettamento e controllo.

Negli anni Trenta e poi a ridosso della Seconda guerra mondiale, in contrapposizione frontale con un monismo statalistico che ha il volto degli Stati totalitari, a insistere su una completa 'alterità' del pluralismo rispetto all'unità e al primato giuridico dello Stato è Georges Gurvitch: il suo pluralismo intende essere specchio fedele della nuova realtà sociale e progetto di politica democratica imperniato sui gruppi, sui diritti sociali, sulla socializzazione della proprietà privata (Carlos Herrera). A sostenere la teoria pluralista c'è l'esperienza del presente — « qui enregistre l'existence de innombrables centres générateurs du droit (syndicats, coopératives, trusts, usines, églises, services publics décentralisés, unions internationales...) »<sup>(50)</sup> — e una storia 'altra' da ripensare, da rendere finalmente visibile oltre lo Stato, oltre il tradizionale racconto preposto dalla visione statalistica e monistica del diritto<sup>(51)</sup>.

La complessità del Novecento — questo appare chiaro a tutti — non può essere schiacciata sul 'mondo di prima': a impedirlo c'è una realtà che incrocia in modo nuovo spazio e tempo, diacronia e sincronia, mettendo in discussione la tranquillizzante linearità dello

---

<sup>(50)</sup> Georges GURVITCH, *Théorie pluraliste des sources du droit positif*, in *Le problème des sources du droit positif*, « Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique », I, 1934-35, p. 123 e ss.

<sup>(51)</sup> Cfr. Georges GURVITCH, *Le temps présent e l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931; ID., *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du 19<sup>e</sup> siècle*, Paris, Sirey, 1932; ID., *La dichiarazione dei diritti sociali* (1944-1946), a cura di A. Scerbo, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, pp. 70-71.

sviluppo storico e le certezze metodologiche consolidate nell'Ottocento. A proporre un nuovo sguardo sulla realtà e a farsi portatrici di interpretazioni pluralistiche nel primo Novecento sono la comparazione giuridica e l'antropologia.

La fotografia del 1924, attraverso cui Carlos Petit ci aiuta a leggere le strategie di Édouard Lambert e del suo *Institut de droit comparé*, sintetizza efficacemente l'affermarsi di una scienza giuridica che, 'oltre il Codice', si interroga sul rinnovato assetto delle fonti del diritto, sulle nuove combinazioni di diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, sul diffondersi di un diritto che — come scrive Lambert — muove 'dal basso' e va oltre i confini nazionali: « *combinaisons nouvelles des forces régulatrices du travail, de l'industrie et du commerce qui, par leur débordement hors des vieux cadres nationaux, créent la matière économique première d'un droit international des affaires* ».

Uno scritto-manifesto dei primi del Novecento, *No jurist's law for the native*, si schiera contro l'unificazione giuridica nelle Indie Olandesi, respinge la superiorità etica del diritto dei codici, difende l'autonomia e la dignità dell'*adatrecht*, il diritto non statale dei nativi. È il momento iniziale della battaglia per la « difesa di un diritto diverso per una società diversa » portata poi avanti per decenni da Cornelis van Vollenhoven. Nel suo opporsi alle ingiustizie legate al processo di modernizzazione, l'approccio pluralistico di van Vollenhoven — come sottolinea Adriaan Bedner — ricorda l'analisi di Bronislaw Malinowski; nel suo richiedere un riconoscimento per il diritto dei nativi indonesiani è vicino, invece, alle posizioni di Ehrlich. A partire da metà Novecento l'unificazione politica dell'Indonesia si realizza, in contrasto con il progetto dello studioso olandese, attraverso una marcata unificazione legislativa. Gettando uno sguardo sull'uso del pluralismo giuridico nell'Indonesia di oggi, Bedner ritiene che l'approccio pluralistico sia ancora rilevante per cogliere quella realtà. Si tratta, certo, di un pluralismo che non intende più proporsi, in uno scontro frontale con il diritto statale, come strumento di strenua difesa di una 'alterità' giuridica da salvaguardare integra dall'imposizioni della modernità; bensì come realtà dinamica che, in un complesso gioco di interconnessioni e contrasti con il diritto statale, afferma un diritto vivente non immobile, capace di confrontarsi con i mutamenti.

La questione ci riporta al tema della lettura congiunta e sinergica tra paradigmi ed esperienze di pluralismo giuridico. Nel suo contributo sull'America latina Tamar Herzog indica il rischio di proiettare sul passato il 'nostro' pluralismo giuridico, la nostra attuale fascinazione per i limiti del potere statale e per il multiculturalismo, la nostra rivendicazione del 'diritto di essere diversi'. Non si tratta soltanto di giungere a un'appropriata comprensione storica della natura 'altra' delle società di Antico Regime: distinguere *old pluralism* e *new pluralism* è essenziale per rispondere a interrogativi di immediata attualità a fronte del riconoscimento a comunità 'indigene' di diritti e di funzioni giurisdizionali all'interno dei territori nativi. Quali costumi possono dirsi autenticamente 'indigeni' (dopo secoli di intrecci con il diritto statale) e quali soggetti possono avvalersi di quei diritti? Il riferimento alla naturale diversità delle norme indigene non rischia di prospettare un diritto pensato per una comunità statica, immobile? È mai possibile ignorare che diritto statale e indigeno si sono sovrapposti, compenetrati e mescolati, in una sfera di « interlegalità » caratterizzata da forti interconnessioni? Interrogativi questi che aprono fronti di ricerca comuni tra storici del diritto e giuristi di diritto positivo per comprendere le mutevoli dinamiche storiche di produzione della normatività e per leggere la « normatività ibrida » senza simulazioni di purezza, senza « congelare le differenze »<sup>(52)</sup>. In questa direzione mi pare si muova anche la ricerca di Florence Renucci, diretta a rendere visibile un nuovo pluralismo non più (o non soltanto) connesso all'azione delle autorità coloniali, alle giurisdizioni separate o miste, ma caratterizzato dall'interazione tra diverse forme di ordine presenti nella società; un pluralismo da scoprire considerando ibridazioni e incroci legali, andando oltre contrapposizioni e troppo nette differenziazioni.

Il problema di pensare, di combinare assieme unità e pluralità resta aperto, più che mai aperto: il moltiplicarsi degli interrogativi si poggia tuttavia su accresciute consapevolezza critiche. Il destino manifesto di un diritto costretto nella provvidenziale unità dello Stato nazione appare lontano, mentre — come ci ricorda Jesús

---

(52) Thomas DUVE, *Indigenous Rights in Latin America: A Legal Historical Perspective*, Max Planck Institute for European Legal History research paper series, 2017-02, <http://ssrn.com/abstract=2976301>.

Delgado Echeverría con riferimento alla situazione spagnola — il percorso del pluralismo è reso ‘reale’ da garanzie costituzionali che nessun disegno unificatore e uniformante può ignorare: il pluralismo giuridico di base territoriale in Spagna è qualità, interna e strutturale, intrinseca al diritto civile, è qualcosa che lo identifica: « Ahí está, más fuerte y rica que en el siglo XIX, la pluralidad de Derecho civil, acorde con la Constitución y efectiva socialmente. Es una realidad innegable ».

L’intimo legame tra il pluralismo giuridico e il pluralismo sociale riconosciuto dalle Costituzioni è al fondo di una dimensione giuridica che — come scrive Baldassare Pastore — ha oggi « un carattere polifonico »: una molteplicità di ordinamenti interagiscono, competono e sfidano la monodia dell’ordinamento verticistico statale.

Sfidano — si può aggiungere — gli interpreti a ‘vedere’ e a comporre in spazi ordinati le nuove realtà, a disegnare (a immaginare) nello spazio e nel tempo sempre nuove connessioni tra unità e pluralità, tra esperienze e paradigmi di pluralismo giuridico.

*Un sentito grazie a tutti i collaboratori per la generosa partecipazione a questo numero dei Quaderni. Un particolare ringraziamento va a Marco Meriggi e Luigi Nuzzo che, in epoca pre-pandemica, nel giugno del 2019, con le loro brillanti relazioni animarono la discussione di un seminario fiorentino finalizzato a disegnare la prima struttura di questo volume monografico.*



*Paradigmi pluralistici otto-novecenteschi*



PIETRO COSTA

## IL 'PLURALISMO' POLITICO-GIURIDICO: UNA MAPPA STORICO-CONCETTUALE

1. Cenni introduttivi: 'pluralità' e 'pluralismo'. — 2. 'Pluralismo' vs. 'monismo': le prime avvisaglie. — 3. 'Pluralismo' vs. 'monismo': la messa a punto di una relazione antinomica. — 4. Un neologismo: il 'pluralismo' secondo Harold Laski. — 5. Il 'pluralismo' fra politica e diritto. — 6. Il 'pluralismo coloniale'. — 7. Il 'pluralismo' fra antropologia e sociologia giuridica. — 8. Il 'pluralismo' e la storiografia. — 9. Cenni conclusivi.

### 1. *Cenni introduttivi: 'pluralità' e 'pluralismo'.*

Agli inizi del terzo millennio siamo tutti pluralisti: siamo tutti convinti che l'esperienza politico-giuridica, dai tempi antichi a oggi, sia uno straordinario intreccio di molteplici forme socio-giuridiche, talvolta più accentuato ed evidente, in altri casi più nascosto e dissimulato, ma mai realmente riducibile a una monade compatta e unitaria. La società medievale è divenuta l'emblema di un pluralismo dispiegato, al punto da suggerire spericolate analogie fra il 'premoderno' e il 'postmoderno' all'insegna della prorompente molteplicità di formazioni sociali che caratterizzerebbe le due epoche. In questa prospettiva, è semmai la modernità a essere stata presentata come una 'parentesi' entro la quale il pluralismo è stato messo ai margini. La più recente storiografia, però, sta demolendo questa tenace convinzione: da un lato, indicando nell'espansione coloniale dell'Occidente il contesto entro il quale il pluralismo assumeva dimensioni, in qualche modo, già 'planetarie', dall'altro lato mostrando come anche nel cuore degli Stati europei le pretese accentriche del 'vertice' si scontrassero con la resilienza di particolarismi di antica origine, ma pur sempre vivi e vitali.

Se dunque l'intera esperienza politico-giuridica, dalle origini ai nostri giorni, è pluralista, pretendere di tracciare una 'mappa' del pluralismo sarebbe poco meno che voler abbozzare una 'mappa'

della storia universale: una pretesa eccessiva per chiunque non se la senta di rivaleggiare con Hegel. Per chi persegue obiettivi più modesti è però possibile e conveniente far leva su una distinzione curiosamente trascurata dalla corrente letteratura e tuttavia, a mio avviso, di capitale importanza per impostare correttamente il problema del pluralismo e della sua storia: la distinzione fra il concreto fluire dell'esperienza storico-sociale e la sua rappresentazione teorica, fra l'effettiva organizzazione politico-giuridica di una società e i discorsi (e in particolare i 'discorsi di sapere') che a essa fanno riferimento.

È una distinzione che, a patto di essere impiegata nella piena consapevolezza delle continue, strette interazioni che connettono, in un contesto dato, le 'pratiche' e i 'discorsi', merita di essere introdotta per indicare con precisione l'oggetto dell'inchiesta storiografica. Alla luce di questa distinzione, il pluralismo si rapporta a due specifici, anche se connessi, fenomeni: da un lato, si apre un panorama di formazioni socio-giuridiche che si intrecciano e si intersecano e, dall'altro lato, si sviluppano discorsi di sapere che tentano di ridurre la complessità dell'esperienza costruendo modelli o schemi teorici che ne permettano una qualche decifrazione. Certo, possiamo usare il medesimo termine (pluralismo) per entrambi i profili, ma, in questo caso, 'entia sunt multiplicanda', perché solo in questo modo è possibile evitare indebite confusioni fra domande diverse. Conviene allora parlare della 'pluralità' delle forme socio-giuridiche in un contesto dato e riservare il termine 'pluralismo' a una teoria che offra, della pluralità caratteristica della fenomenologia socio-giuridica, una peculiare interpretazione (1).

---

(1) La distinzione fra la 'pluralità' (delle formazioni socio-giuridiche) e il 'pluralismo' (come 'discorso di sapere' che mette a fuoco la 'pluralità') è per lo più trascurata. Ne ha offerto però una limpida formulazione M. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1983, vol. 33, pp. 1003-1026, opportunamente richiamata da C. FARALLI, *Vicende del pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in « Sociologia del diritto », 26 (1999), 3, pp. 89-102. Tiene presente la distinzione anche F. VIOLA, *Il Rule of Law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Torino, Giappichelli, 2008, p. 100 e ss. Cfr. anche (per una diversa prospettiva) N. ROUGHAN, *Pluralist Authority and the Relation between Plurality and Pluralism*, in *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, P. Schiff Berman (ed.), Oxford-New York, Oxford University Press, 2020, pp. 339-63.

Da un lato, dunque, la ‘pluralità’ e, di fronte a essa, ma concettualmente distinto, il ‘pluralismo’: è al ‘pluralismo’ e non alla ‘pluralità’ che si riferirà la ‘mappa’ storico-concettuale che tenterò di delineare. E solo di una ‘mappa’ potrà trattarsi: esclusa la possibilità di una ricognizione ravvicinata del labirinto pluralistico, potrò soltanto mostrare una serie di ‘cartelli indicatori’ e offrire cursori riferimenti a testi e ad autori (assunti come) ‘esemplari’.

Come individuare l’oggetto (il ‘pluralismo’) di cui tracciare la storia? Mi sembra che si diano due strade, che possono utilmente combinarsi fra loro.

Una strada è un’analisi ‘lessicologica’ del termine ‘pluralismo’ (e derivati) in un determinato *corpus* testuale. I Dizionari di varie lingue europee danno indicazioni interessanti, omogenee fra loro e collimanti con la definizione proposta dal *Grande Dizionario della lingua italiana* curato da Battaglia, per il quale il ‘pluralismo’, in termini generali, è una dottrina che considera la realtà come « costituita da una pluralità di componenti o di principi », « in antitesi con i tentativi di far derivare la molteplicità delle cose da un’unica sostanza originaria » (2). Risolvere però la storia del ‘pluralismo’ nella traiettoria semantica di un’espressione lessicale rischia di far coincidere (tanto per adottare la terminologia koselleckiana (3)) la storia di un termine con la storia di un concetto, senza tener conto che un lessema può essere l’esito di un processo discorsivo già capace di veicolare un insieme di messaggi che solo successivamente troveranno in una precisa parola il loro centro di gravitazione.

Conviene quindi assumere il termine ‘pluralismo’ come una delle componenti del nostro ‘metalinguaggio’ (come uno degli strumenti linguistici di cui ci serviamo per ricostruire il ‘linguaggio oggetto’, il discorso assunto a oggetto della ricognizione storiogra-

---

(2) *Grande Dizionario della lingua italiana*, a cura di S. Battaglia, Torino, Utet, 1986, vol. XIII, v. *Pluralismo*. Cfr. anche *Oxford English Dictionary (OED)* (<https://www.oed.com/>); *DWDS. Der deutsche Wortschatz von 1600 bis heute* (<https://www.dwds.de/>); *Trésor de la Langue Française (TLFi)* (<https://www.atilf.fr/ressources/tlfi/>). Un esempio di impiego consapevole della dimensione teorica del ‘pluralismo’ e della sua costitutiva opposizione al ‘monismo’ è offerto da *Monisms and Pluralisms in the History of Political Thought*, A. Catanzaro, S. Lagi (eds.), Roma, Edizioni Epoké, 2016.

(3) R. KOSELLECK, *Storia dei concetti e storia sociale*, in ID., *Futuro Passato. Per una semantica dei tempi storici*, Genova, Marietti, 1986, p. 102.

fica) e usarlo per cogliere ciò che in una formazione discorsiva si sta muovendo verso un esito ‘pluralistico’ pur senza fare ancora uso di questo termine-concetto. Il ‘pluralismo’, dunque, non è più soltanto qualcosa che ‘sta di fronte a noi’, un ‘oggetto’ da reperire e da decifrare, insomma un elemento integralmente appartenente al ‘linguaggio-oggetto’ della ricerca, ma, prima di essere una componente dell’‘oggetto’, è una dimensione del soggetto, uno strumento dell’interprete, una ‘categoria previa’ che permette di assumere come ‘pluralistica’ una determinata formazione discorsiva anche là dove manchi un preciso riscontro lessicale. Come è facile intendere, ricostruire il passato del ‘pluralismo’ a partire dalla nostra attuale precomprensione di questo oggetto significa muoversi entro quel ‘circolo’ che sembra essere la condizione imprescindibile di ogni operazione storico-ermeneutica.

Tre mi sembrano le principali caratteristiche metalinguistiche attribuibili a ‘pluralismo’.

In primo luogo, il ‘pluralismo’ a cui la ‘mappa’ intende riferirsi è il ‘pluralismo’ politico-giuridico: una teoria che si interroga sulle manifestazioni e sugli effetti della ‘pluralità’ (di formazioni sociali) entro una collettività politicamente organizzata. In secondo luogo, una teoria ‘pluralistica’ è una teoria che assume la ‘pluralità’ dell’esperienza come l’*explicandum* per il quale offrire una chiave interpretativa. In terzo luogo, la decifrazione ‘pluralistica’ dell’esperienza è tale in quanto si contrappone a una rappresentazione ‘monistica’ della medesima realtà. Si dà una teoria ‘pluralistica’ in quanto si dà una teoria ‘monistica’ (e viceversa). Certo, una complicazione del quadro interviene se si tiene conto del fatto che il ‘monismo’ ha come suo antonimo non soltanto il ‘pluralismo’, ma anche il ‘dualismo’: se è definibile come ‘monistica’ « qualsiasi teoria che riguardi un determinato fenomeno o ambito di realtà apparentemente complesso e tenda a spiegarlo in termini unitari, configurandone i vari aspetti e componenti come riconducibili a un unico principio o fondamento »<sup>(4)</sup>, incompatibili con essa sono non soltanto le teorie che facciano leva sulla ‘pluralità’, ma anche quelle che si fondano sulla ‘dualità’ degli elementi costitutivi dell’ordine. Do-

---

(4) *Grande Dizionario della lingua italiana*, cit., vol. X, *sub voce Monismo*.

vremo quindi escludere dalla mappa storico-concettuale del 'pluralismo' gli approcci anti-monistici che facciano leva sulla dualità e non sulla pluralità degli enti.

Sulla base di queste provvisorie e liminali considerazioni, la storia del pluralismo (politico-giuridico) può dunque essere identificata come la storia delle teorie che hanno assunto la pluralità delle formazioni sociali come la cifra esplicativa dell'ordine politico-giuridico in alternativa a una rappresentazione 'monistica' dell'ordine stesso.

Quale *terminus a quo* indicare per una storia del 'pluralismo'? Se adottiamo una prospettiva puramente lessicologica, il punto di partenza della ricerca coincide con la prima comparsa del termine nel *corpus* testuale considerato. Per quanto riguarda il lemma 'pluralismo' (e i lemmi derivati), la sua introduzione nel lessico intellettuale europeo ha luogo non nel discorso politico-giuridico, ma nel discorso filosofico settecentesco. È Christian Wolff a parlare di 'pluralisti' <sup>(5)</sup>, nel tentativo di offrire un quadro 'tipologico' dei principali orientamenti di pensiero. Per Wolff, conviene innanzitutto distinguere fra « Scepticos oder Zweiffler » e « Dogmaticos oder Lehrreiche » <sup>(6)</sup>, fra coloro che escludono la possibilità di qualsiasi asserzione certa e coloro che ritengono di poter offrire una spiegazione esaustiva dei fenomeni. In secondo luogo, i 'dogmatici' si differenziano in « Monisten » e in « Dualisten », a seconda che sostengano l'esistenza di un unico principio oppure di un duplice principio esplicativo. I monisti a loro volta si distinguono in materialisti o idealisti, i primi assumendo lo spirito e i secondi il corpo come la realtà primaria. I monisti idealisti, infine, sono ancora divisibili in due classi: da un lato, coloro che ammettono l'esistenza di una molteplicità di esseri e, dall'altro lato, coloro che vedono nel sé l'unico essere reale. I primi sono denominati 'pluralisti', i secondi 'egoisti' <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> CH. WOLFF, *Vernünfftige Gedanken von Gott, der Welt und der Seele des Menschen*, Halle, Renger, 1747<sup>2</sup>. La prima edizione dell'opera è del 1720.

<sup>(6)</sup> Ivi, p. 3.

<sup>(7)</sup> « Endlich die Idealisten geben entweder mehr als ein Wesen zu, oder halten sich für das einige wirkliche Wesen. Jene werden Pluralisten, diese hingegen Egoisten genennet » (ivi, p. 4). Le distinzioni wolffiane sono state commentate da Christoph

A dar lustro al neologismo wolffiano interverrà nella seconda metà del secolo la kantiana *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht* (del 1798), che intitola un intero paragrafo all'‘Egoismo’<sup>(8)</sup>. L'egoismo può riguardare il gusto, l'azione, o il pensiero: « er kann logisch oder ästhetisch oder praktisch sein »<sup>(9)</sup>. L'egoista logico ritiene inutile confrontare le proprie convinzioni con gli altri, senza rendersi conto che la ricerca della verità richiede una dimensione ‘intersoggettiva’, ‘pubblica’, che superi l'illusoria autosufficienza dell'io. All'egoismo può essere contrapposto soltanto il « Pluralismus »: l'atteggiamento di chi non riconduce l'intera realtà a se stesso, ma si concepisce piuttosto come un cittadino del mondo<sup>(10)</sup>.

Siamo lontani dal significato che il ‘pluralismo’ assumerà nell'ambito del discorso politico-giuridico. È solo agli inizi del Novecento (come vedremo<sup>(11)</sup>) che il discorso politico-giuridico raccoglierà dal lessico filosofico il termine ‘pluralismo’. Da questo momento in poi anche il discorso politico-giuridico prenderà a fare

Matthäus Pfaff: « Denique, qui ex Idealistis Pluralistae sunt, plurimos statuunt spiritus, qui Egoistae, praeter se nullum alium spiritum, nullum aliud ens creatum in rerum natura esse arbitrantur » (CH. M. PFAFFII *Oratio de egoismo, nova philosophica haeresi*, Tubingae, Georgius Fridericus Pflückius, 1722, p. 7).

<sup>(8)</sup> I. KANT, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, in *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, Bd. 7, Berlin, G. Reimer, 1917, p. 117 e ss.

<sup>(9)</sup> Ivi, p. 128.

<sup>(10)</sup> « Dem Egoism kann nur der Pluralism entgegengesetzt werden, d. i. die Denkungsart: sich nicht als die ganze Welt in seinem Selbst befassend, sondern als einen bloßen Weltbürger zu betrachten und zu verhalten » (ivi, p. 130). N. Hinske attribuisce il termine *Egoismus* a Wolff e il termine *Pluralismus* a Kant (N. HINSKE, « [...]warum das gelehrte Volk so dringend nach der Freibeit der Feder schreibt ». *Pluralismus und Publikationsfreiheit im Denken Kants*, in *Meinungsfreiheit: Grundgedanken und Geschichte in Europa und Usa*, J. Schwartländer, D. Willoweit (hrsg.), Kehl a. R.-Strassburg, Engel, 1986, pp. 31-49). Cfr. M. TOMBA, *Publicità e terzo forum in Kant*, in « Bollettino telematico di filosofia politica », 2003, nota 29 (<http://bfp.sp.unipi.it/art/maxtomba.htm>). In realtà, già Wolff e Pfaff avevano contrapposto i ‘Pluralisten’ agli ‘Egoisten’. Interessanti presentazioni del pluralismo (o dei pluralismi) sono offerte da alcune voci di Enciclopedia: cfr. N. BOBBIO, *Pluralismo*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, Torino, Utet, 1976, 1983<sup>2</sup>, p. 815 e ss.; L. SAMPSON, *Pluralismus*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, J. Ritter, K. Gründer (Hrsg.), Band 7, Basel, Schwabe, 1989, c. 988 e ss.; N. MATTEUCCI, *Pluralismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1996.

<sup>(11)</sup> V. *infra*, § 4.

uso di questo neologismo, ma già prima si era venuto sviluppando un complesso coerente di schemi concettuali, un modello di rappresentazione della realtà politico-giuridica che troverà nel nuovo termine un'efficace espressione (12).

Certo, l'individuazione del momento di avvio di uno sviluppo storico-concettuale prima della sua consolidazione in un preciso lessema ha inevitabilmente un carattere congetturale. Nel nostro caso, sembrano rilevanti due indicatori. In primo luogo, è indispensabile l'esistenza di un discorso di sapere che metta a fuoco la pluralità dei gruppi sociali e li assuma come la struttura portante dell'ordine. In secondo luogo, se è vero che il 'pluralismo' trae senso dalla sua contrapposizione al 'monismo', occorre che l'orientamento 'pluralistico' di cui un discorso di sapere si fa portatore si presenti come un'esplicita o implicita alternativa a una scelta di segno opposto.

## 2. *'Pluralismo' vs. 'monismo': le prime avvisaglie.*

Alla luce di queste coordinate, quando è possibile individuare le premonizioni di un processo che condurrà alla piena emersione del 'pluralismo'? Possiamo trovarne le tracce nella cultura medievale? Una risposta affermativa a questa domanda è scontata per chi non condivida la distinzione fra la 'pluralità' (dell'esperienza) e il 'pluralismo' (come teoria o schema 'rappresentativo'). Per chi invece assuma questa distinzione come una necessaria premessa, non basta ricordare che la società medievale è un « jumble of different sorts of law and institutions, occupying the same space » (13), ma occorre chiedersi come il discorso politico-giuridico medievale rappresentasse la pluralità. E la mia impressione è che sia difficile rintracciare in esso la cifra essenziale del 'pluralismo': una possibile tensione

---

(12) Cfr. J. TERRIER, *Observations on the Semantic Trajectory of Pluralism in Scholarly Discourse. A Study of Two Argumentative Tropes*, in « Contributions to the History of Concepts », 13 (2018), 1, pp. 100-124; A. GESLIN, *Une brève historiographie de 'pluralisme juridique': quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques*, in « Clio@Thémis », 15 (2019), pp. 1-18.

(13) B.Z. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in « Sydney Law Review », 30 (2007), p. 377.

nella rappresentazione dei ‘molti’ e dell’‘uno’, nell’orchestrazione del rapporto fra la pluralità (dei gruppi sociali, degli ordinamenti, dei sistemi normativi) e l’unità dell’ordine.

Dominante nel discorso politico-giuridico medievale è l’immagine di un ordine complessivo che si regge sulla differenziazione delle parti e sulla loro disposizione gerarchica, su una piramide di comandi e obbedienze che culmina in un vertice, ma trova in se stessa (e non nella *voluntas* del *superior*) la condizione necessaria e sufficiente della sua esistenza. La totalità si dà come una spontanea (‘naturale’, ‘organica’) sinergia di parti diverse, che esclude l’auto-sufficienza di ciascuna di esse e sottolinea la loro interdipendenza nel rispetto delle loro (gerarchicamente distinte) funzioni. L’idea della necessaria composizione delle parti nell’unità dell’insieme ha una valenza paradigmatica e trova continue conferme in contesti molto diversi, non soltanto quando è in gioco la rappresentazione dell’ordine politico-giuridico nella sua massima generalità ed estensione, ma anche quando viene preso in considerazione un ordinamento specifico.

È l’immagine di un assetto armonico, fondato sulla mutua implicazione fra le parti e il tutto, che percorre il discorso politico-giuridico medievale rendendolo sensibile (secondo una logica non disgiuntiva, ma congiuntiva) alla pluralità e alla varietà dei gruppi sociali così come alla loro naturale appartenenza a una totalità. Perché affiori la percezione di una qualche tensione fra i ‘molti’ e l’‘uno’ deve entrare in crisi l’immagine dell’ordine come di un *continuum* che prevede non già tensioni o disgiunzioni, ma lo spontaneo comporsi delle parti nella totalità.

Nella ‘mappa’ che sto tracciando, il primo ‘luogo’ da segnalare è una notissima (direi ‘classica’) contrapposizione: fra Bodin e Althusius e le loro rispettive immagini della sovranità. Certo, le continuità con il passato non sono trascurabili. Bodin continua a coltivare l’immagine di un ordine fondato sulle differenze e sulle gerarchie: un ordine ‘verticale’, una catena di obbedienze e di supremazie. È forte l’influenza tanto del modello aristotelico-scolastico (con l’immagine della famiglia come microcosmo ordinato intorno al potere del *pater*) quanto della tradizione giuridica medievale (da cui deriva l’idea di una gerarchia di poteri culminante in un vertice). Al contempo, tuttavia, cambia l’immagine della sovranità:

un cambiamento, di cui Bodin è consapevole e orgoglioso <sup>(14)</sup>, che coincide con l'attribuzione al sovrano di un ruolo decisivo per la tenuta complessiva dell'ordine. L'ordine non è autosufficiente. La sua unità non è la risultante oggettiva della disposizione gerarchica delle differenze, ma richiede l'intervento attivo del sovrano <sup>(15)</sup>. È il sovrano che trasforma una pluralità di soggetti, corpi, poteri in un unitario corpo politico.

Che la società sia composta da una pluralità di corpi è indubbio tanto per Bodin quanto per Althusius. Per entrambi è indiscutibile il ruolo seminale della famiglia e l'esistenza di una molteplicità di formazioni sociali di varia natura e complessità. Il punto è capire come le comunità vengano a formare un corpo politico: per Althusius, la risposta è nell'esistenza di un processo ascendente che dalle comunità minori culmina nella « consociatio universalis ». È questa *consociatio*, una sorta di ordinamento di ordinamenti, a essere definita come « *politía*, impero, regno, Stato, popolo riunito in un solo corpo e sotto uno stesso diritto » <sup>(16)</sup>. A sorreggere l'intero processo è l'azione caratteristica di ogni fenomeno associativo: l'azione del 'mettere in comune', la « symbiosis », la condivisione di risorse e di esperienze che sopperisce alle deficienze naturali del singolo e crea il vincolo comunitario. Resta ferma anche in Althusius l'idea medievale di una catena di posizioni di potere e di obbedienza culminante nel sovrano, che ha solo un potere-dovere di 'administratio', di gestione dell'ordine. Se in Bodin è la sovranità ad assumere un ruolo, inedito, di 'anima' dell'ordine, di elemento che interviene attivamente nel dare una forma unitaria e specificamente

---

<sup>(14)</sup> « Tale definizione [della sovranità] non c'è stato mai giurista né filosofo politico che l'abbia data, e tuttavia è questo il punto più importante e più necessario a comprendersi in qualsiasi trattazione sullo Stato » (J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, a cura di M. Isnardi Parente, Torino, U.T.E.T., 1964, vol. I, I, viii, p. 345).

<sup>(15)</sup> « Così come la nave non è altro che un legno informe se le si tolgono lo schienale che sostiene i fianchi, la prua, la poppa, il timone, così lo Stato non è più tale senza quel potere sovrano che tiene unite tutte le membra e le parti di esso, che fa di tutte le famiglie e di tutti i collegi un solo corpo » (ivi, I, ii, p. 175).

<sup>(16)</sup> J. ALTHUSIUS, *La Politica*, a cura di C. Malandrino, tr. di C. Malandrino, F. Ingravalle, M. Povero, Torino, Claudiana, 2009, IX, 3. Cfr. *Il lessico della Politica di Johannes Althusius. L'arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice*, a cura di C. Malandrino, F. Ingravalle, Firenze, Olschki, 2005.

politica alla molteplicità degli enti, in Althusius la forza propulsiva coincide con la « *communicatio* », con la condivisione delle energie associative.

Si delineano dunque due diverse visioni dell'ordine, che esaltano la capacità ordinante delle comunità (e la funzione semplicemente tutoria e 'amministrativa' del sovrano) o piuttosto il ruolo attivo e unificante del sovrano. La distinzione è netta e non può essere sottovalutata, ma occorre anche tener presente che tanto il 'proto-monista' Bodin quanto il 'proto-pluralista' Althusius, memori del modello aristotelico-scolastico, condividono una convinzione: assumono come un profilo essenziale dell'ordine la sua articolazione in una pluralità di formazioni socio-giuridiche. Per entrambi, le comunità, di svariatissimo genere e complessità, sono entità già date e intrinsecamente legittime. Le divergenze (sollecitate dagli input politici provenienti dai contesti di appartenenza: l'incipiente processo di centralizzazione dei poteri, in Francia, e l'esperienza policentrica della Lega anseatica) intervengono nel momento di individuare l'elemento capace di dare una forma politicamente unitaria all'ordine: da un lato, la sovranità, dall'altro lato la *consociatio* simbiotica.

È diversa in Bodin e in Althusius la messa a fuoco del ruolo che i 'molti' sono chiamati a esercitare nell'orchestrazione dell'ordine complessivo. Una riprova è offerta anche dalla rispettiva valutazione di una dottrina di capitale importanza — la dottrina del governo misto <sup>(17)</sup> — che raccomanda la cooperazione delle diverse parti sociali (i 'molti', i 'pochi', l'uno) a vantaggio della migliore stabilità e compiutezza del regime. Se Bodin è fra i primi a prendere le distanze da questa tradizionale dottrina in nome del più stringente ruolo attribuito alla sovranità <sup>(18)</sup>, Althusius apprezza la 'miscelazione' delle parti raccomandata dalla teoria del 'governo misto'

---

<sup>(17)</sup> Cfr. W. NIPPEL, *Mischverfassungstheorie und Verfassungsrealität in Antike und früher Neuzeit*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1980; J.M. BLYTHE, *Ideal government and the mixed constitution in the Middle Ages*, Princeton, Princeton University Press, 1992; *Governo misto. Ricostruzione di un'idea*, a cura di D. De Felice, Napoli, Liguori, 2007.

<sup>(18)</sup> Cfr. J. FRANKLIN, *Sovereignty and the mixed constitution: Bodin and his critics*, in *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, J. Burns (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 298-328.

sentendola congruente con la pluralità caratteristica della *consociatio*.

Certo, una decisa e originale valorizzazione della ‘pluralità’ era stata già da tempo promossa dall’eversiva riflessione machiavelliana. Segnarla però come uno dei ‘luoghi’ di una mappa dedicata alla ricognizione della teoria ‘pluralistica’ crea qualche difficoltà. A Machiavelli, infatti, non interessa la teorizzazione dell’ordine come tale. Egli trae dalla storia (dalla storia antica, ma anche dalla storia recente) le testimonianze e gli insegnamenti necessari per capire non tanto la struttura dell’ordine, quanto la dinamica del comando e dell’obbedienza in congiunture specifiche e sempre variabili. È esemplare da questo punto di vista il suo originale impiego della teoria del ‘governo misto’. Il succo di questa teoria è per Machiavelli l’invito a prendere sul serio le parti di cui si compone la *respublica*, i suoi diversi ‘umori’ (come egli scrive servendosi di una metafora ispirata a Galeno e già usata da Tucidide).

Gli ‘umori’ devono mescolarsi perché il corpo politico sia sano; e gli ‘umori’ sono per Machiavelli due: gli ottimati e il popolo, i nobili e la plebe. Non è però a una struttura giuridico-costituzionale che Machiavelli guarda, ma alla storia (alla storia di Roma, alla storia di Firenze) nella loro concreta ed effettuale dinamica, tanto da trarre dalla dottrina del ‘governo misto’ una conseguenza radicalmente innovativa: il ruolo potenzialmente positivo e non necessariamente distruttivo del conflitto. È l’esistenza di forze molteplici che produce, anche attraverso il loro confliggere, un effetto di (provvisoria) stabilità, le cui caratteristiche devono però essere ricostruite e valutate caso per caso, nella concretezza delle situazioni. Se quindi, in termini generali, la radice del conflitto (potenzialmente) ‘ordopoietico’ è la contrapposizione ‘dualistica’ fra i ‘grandi’ e il ‘popolo’, nell’analisi di una situazione specifica può anche emergere non uno schema ‘dualistico’, ma uno schema tripartito: come avviene quando Machiavelli, nelle *Istorie fiorentine*, mette in scena, accanto ai ‘grandi’ e al popolo ‘grasso’, anche il popolo ‘minuto’<sup>(19)</sup>.

---

(19) Cfr. S. KIMLEE, *The plebe in the Florentine Histories: Machiavelli's notion of humours revisited*, in «History of European Ideas», 44 (2018), 5, pp. 493-512; F. MARCHESI, *Antinomie di Machiavelli. Le figure del ‘popolo’ e della ‘plebe’ tra ‘Principe’ e ‘Istorie fiorentine’*, in «Filosofia politica», XXXIV (2020), 3, pp. 409-23.

Se dunque Machiavelli guarda a una pluralità di forze capaci di tenere insieme una *respublica* in una specifica congiuntura storica utilizzando creativamente la dottrina polibiana del ‘governo misto’, in una direzione opposta si muovono, prima, Bodin e poi, con ineguagliata radicalità, Hobbes. Il filosofo inglese concentra la sua attenzione sulla teorizzazione di una sovranità assunta come la condizione necessaria e sufficiente dell’ordine. La sua visione presuppone un drastico mutamento di paradigma, che passa attraverso l’ipotesi o l’esperimento mentale dello ‘stato di natura’: una condizione originaria dell’umanità caratterizzata per Hobbes dalla radicale eguaglianza dei soggetti, dalla loro pulsione auto-conservativa e quindi dalla continua ricerca del potere e dal conflitto potenzialmente distruttivo. La distanza dalla tradizione aristotelico-scolastica non potrebbe essere più netta: non si danno un ordine ‘naturale’, una ‘naturale’ disposizione gerarchica e una spontanea disposizione dei soggetti alla cooperazione in vista del bene comune. Per gli esseri umani in natura esiste non già l’ordine, ma il conflitto, da cui occorre uscire per garantire agli individui l’autoconservazione. La fine del conflitto discende dalla contrattuale invenzione del sovrano, cui gli esseri umani deferiscono i loro poteri. Ed è il sovrano che, disponendo di un potere illimitato, tiene a freno i soggetti e crea un ordine altrimenti impossibile. Lungi dall’essere ‘naturale’, spontaneo, già dato, l’ordine è artificiale, creato dalla volontà del sovrano.

Da un lato, il sovrano, dall’altro lato i soggetti. Non esiste, prima del sovrano e indipendentemente da esso, un ‘popolo’: una comunità strutturata e organizzata. Lo spazio politico coincide con lo spazio della sovranità. Prima del sovrano esiste, per Hobbes, non il popolo, ma la ‘moltitudine’: una pluralità indeterminata di individui sostanzialmente eguali che non ha ancora niente a che fare con un corpo politico. È con la creazione del sovrano che nasce l’ordine politico, la città. La molteplicità degli individui si trasfonde nell’unitarietà della persona sovrana: la persona artificiale, creata dagli individui (gli « autori » che affidano una parte, un ruolo teatrale a un « attore », il sovrano), la persona finta, che li rappresenta e li trasforma da moltitudine in ‘popolo’, che però coincide con il sovrano stesso. Il popolo coincide con il sovrano e l’ordine esiste in quanto il sovrano lo determina unilateralmente. I soggetti sono, di fronte al sovrano, una semplice ‘moltitudine’, una pluralità indiffe-

renziata e politicamente amorfa. È solo attraverso il sovrano che la pluralità si converte in unità.

Non mancano dunque, nella cultura della prima età moderna, riflessioni in qualche misura riconducibili a visioni, rispettivamente, 'monistiche' o 'pluralistiche' dell'ordine politico-giuridico. Ciò che semmai stenta a manifestarsi è una componente caratteristica del 'pluralismo' nelle sue manifestazioni successive: la componente 'oppositiva', la sua collocazione all'estremo di una relazione che ha al polo opposto il 'monismo'.

### 3. *'Pluralismo' vs. 'monismo': la messa a punto di una relazione antonimica.*

Se è vero che Hobbes offre il primo esempio di una rappresentazione rigorosamente e compiutamente 'monistica' dell'ordine politico-giuridico, potremmo attenderci di trovare, nelle tante reazioni avverse che essa provoca, qualche espressione di una 'pluralistica' rappresentazione dell'ordine. In realtà, l'antonimo che verrà presto a contrapporsi al 'monismo' hobbesiano sarà non tanto il 'pluralismo' quanto il 'dualismo'.

Un'impronta dualistica può essere già ravvisata in Locke, a partire dalla sua (anti-hobbesiana) visione dello 'stato di natura'. Per Locke, la condizione naturale (la condizione originaria ed essenziale) dell'umanità non è il *bellum omnium*. Un ordine (ancorché incerto e precario) è immaginabile anche prima dell'invenzione del sovrano perché nello stato di natura si danno diritti assoluti e regole di comportamento razionalmente fondate: la libertà indispensabile per l'autoconservazione, la proprietà fondata sul lavoro, sulle capacità e sullo sforzo di appropriazione e di moltiplicazione dei beni (che produce effetti benefici non soltanto per il singolo, ma anche per la collettività).

Certo, resta, nello stato di natura, la possibilità che le regole vengano trasgredite e che il conflitto divampi. Nasce da ciò l'esigenza della fondazione contrattualistica del sovrano, come giudice delle controversie e tutore dei diritti. Il sovrano però è chiamato a riconoscere, non già a creare, le regole di convivenza, che nelle loro linee essenziali (libertà, proprietà, dinamica autoconservativa e ap-

propriativa) esistono prima dell'instaurazione del governo e valgono, al contempo, come fondamento e come limite del governo stesso.

Il governo ha dunque di fronte non una moltitudine di soggetti che si costituiscono a unità solo in quanto 'rappresentati' (e sostituiti) dal sovrano (come per Hobbes), ma un 'popolo', la cui forma di vita è non decisa, ma soltanto riconosciuta e tutelata dal potere politico. Siamo agli esordi di una rappresentazione dell'ordine politico-sociale che rinuncerà presto (già a partire da Hume) alla metafora giusnaturalistica impiegata da Locke, ma ne conserverà il nucleo essenziale: l'idea di una dinamica intersoggettiva stretta intorno ad alcune regole irrinunciabili (la libertà, la proprietà, il contratto) che ne rendono possibile il coerente funzionamento e la relativa autonomia.

Lo Stato e la società; gli apparati di governo e la libertà-proprietà; la sfera del 'politico' e il dominio dell'economico'; il diritto pubblico e il diritto privato: è il continuo riproporsi di queste (diverse ma reciprocamente implicanti) relazioni binarie a scandire le teorie politico-giuridiche (e a condizionare le prassi di governo) dell'Ottocento 'liberale' (ed è appena il caso di ricordare che con questo modello è strettamente collegata la nozione hegeliana di 'società civile' e quindi il 'rovesciamento' a essa impresso dal giovane Marx). Sembra quindi che a tenere banco fossero ormai teorie 'dualistiche' e che il 'monismo' hobbesiano fosse relegato in un passato lontano. In realtà, il 'monismo' politico-giuridico non esce di scena, ma viene ripensato e reinventato dalla giuspubblicistica del secondo Ottocento, a partire dalla svolta metodologica gerberiana.

La proposta di Carl Friedrich von Gerber si regge su due assiomi, strettamente connessi: da un lato, la dichiarazione di perseguire una rappresentazione dell'ordine rigorosamente, esclusivamente giuridica, depurata da valutazioni e inclinazioni etico-politiche; dall'altro lato, la riconduzione dell'ordine a un unico ed esclusivo fondamento: allo Stato come persona giuridica, come potestà di impero, inconfondibile con le persone giuridiche di diritto privato perché incarnazione della volontà collettiva di un popolo. Il popolo (che pure resta il fondamento etico-storico dello Stato)

diviene un mero 'oggetto' del potere sovrano e i diritti sono presentati come gli 'effetti riflessi' dell'ordine statale (20).

Formulata da Gerber con rigore e chiarezza, la nuova teoria, con il suo taglio intransigentemente formalistico e statualistico, diviene un vero e proprio 'paradigma' nella giuspubblicistica tardo-ottocentesca, prima in Germania e poi in tutta l'Europa continentale, ponendosi come un'alternativa nettamente 'monistica' a quella visione 'dualistica' (fondata sul nesso 'Stato-società') che aveva trovato le sue lontane premesse nella visione lockiana del rapporto fra lo stato di natura e il governo.

Non è una forzatura etichettare come 'monistico' il nuovo paradigma. È l'intera società a essere ricompresa entro un'intelaiatura giuridica che, per essere tale, non può non essere ricondotta, almeno in ultima istanza, alla volontà del sovrano, il cui potere è per definizione esclusivo e irresistibile. L'idea hobbesiana della sovranità — un'idea isolata nell'Europa del Seicento — diviene moneta corrente nella giuspubblicistica tardo-ottocentesca. Ed espressione coerente di una sovranità impegnata a ricondurre a se stessa la disciplina dei rapporti sociali è la visione dei 'codici' come sistemi normativi esclusivi e completi.

Sarebbe però semplicistico pensare che l'ipertrofia della sovranità semplicemente cancelli quella 'dualità' (la sfera pubblica e la sfera privata, il governo e l'economia, i doveri e gli interessi, l'autorità e la libertà-proprietà) profondamente iscritta nella cultura politico-sociale e nella prassi dell'Europa liberale. È in questa Europa che il codice (il codice *par excellence*: il codice civile) è stato concepito, a partire dall' 'imperativista' Bentham, come la trascrizione normativa di esigenze, schemi di azione, interessi assunti come antropologicamente, socialmente, economicamente essenziali (tanto da svolgere, come sostiene l'odierna storiografia, una funzione propriamente 'costituzionale'). Il codice civile è la cornice normativa dell'auto-determinazione socioeconomica dei soggetti e delle loro libere relazioni contrattuali e tuttavia è al contempo l'emblema di una sovranità che si pone come la condizione di possibilità del giuridico *tout court*. Il paradosso è tuttavia apparente perché la

---

(20) C.F. VON GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in ID., *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1971, p. 109 e ss.

società, pur continuando a essere la sede propria della libertà contrattuale e proprietaria, assume visibilità e rilevanza giuridiche solo in quanto delimitata e tutelata da un diritto che, per essere tale, non può non essere ricondotto all'input sovrano. « La mano invisibile è dunque attentamente e opportunamente guidata da una sovranità che ha radicalmente soppiantato l'antico ordine corporativo »<sup>(21)</sup>. È il monismo statale che rende possibile la dualità sussumendo la società (la sfera del privato, dell'economico) come momento (che lo Stato stesso vuole intangibile) dell'ordine complessivo.

Nella giuspubblicistica tardo-ottocentesca trionfa dunque una prospettiva che mette da parte il modello 'dualistico' compiendo due mosse essenziali: da un lato, rivendicando la possibilità e la necessità di un approccio giuridicamente 'puro' alla dinamica socio-politica in modo da garantire al sapere giuridico una compiuta autonomia e una piena legittimazione; dall'altro lato, non già negando la dualità, ma sussumendola al proprio interno, ricomprendendola entro un ordine che, in quanto giuridico, non può trovare altro fondamento se non la volontà della persona giuridica sovrana.

Se dunque il 'dualismo' finiva per essere accolto (e dissimulato) sotto l'ombra protettiva del 'monismo' statualistico, una rappresentazione dell'ordine politico-giuridico che si volesse alternativa al paradigma dominante era sollecitata a contrapporre al 'monismo' della sovranità non una dualità, ma una pluralità di elementi ordinanti.

È in questo contesto che vedono la luce, fra il tardo Ottocento e il primo Novecento, numerose teorie, fra loro diverse, ma accomunate dalla loro 'oggettiva', sostanziale contrapposizione al modello 'monistico'. Un importante esempio è offerto dal monumentale *Deutsche Genossenschaftsrecht*, di Otto von Gierke, il cui primo volume, dei quattro di cui l'opera si compone, esce nel 1868<sup>(22)</sup>. Alla visione gerberiana-labandiana di un diritto interamente ed esclusivamente riconducibile alla volontà del sovrano, Gierke con-

---

(21) B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 101.

(22) O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht, I, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868.

trappone la visione di un ordine che coincide con un intreccio di associazioni, con un tessuto di relazioni comunitarie che, lungi dal dipendere dallo Stato, ne costituiscono il substrato e la condizione storica di esistenza.

Nella ricchissima fenomenologia associativa offerta dalla storia europea (e in particolare germanica) Gierke riconosce non già le vestigia di un periodo storicamente esaurito, ma forme e forze ordinanti sostanzialmente omogenee con lo Stato: uno Stato di cui Gierke riconosce la forza attrattiva e unificante, ma cui non attribuisce il ruolo di creatore *ex nihilo* dell'ordine. Se, nella prospettiva 'monistica', esisteva soltanto la solitaria forza instauratrice del sovrano, per Gierke il punto di riferimento è un vario e multiforme tessuto di forme socio-giuridiche cui lo Stato stesso appartiene. Determinante è il « *Gemeinwesen* », la dimensione comunitaria che fa dello Stato (come di ogni gruppo sociale) una realtà vivente (un 'organismo') non riducibile all'astratta potestà di impero della persona sovrana.

La contrapposizione fra una visione 'monistica' e una visione (sostanzialmente, 'oggettivamente') 'pluralistica' è netta e ormai compiuta, anche se non mancano nel passato, come ricordiamo, tracce di questa dicotomia. È Gierke stesso a indicare in Althusius un suo 'predecessore' (23). Resta fermo, tuttavia, che Althusius doveva vedersela con il 'monismo' ancora 'imperfetto' della visione bodiniana della sovranità, mentre Gierke ha di fronte il 'monismo' 'perfetto' della teoria gerberiana-labandiana. Se quindi non mancano spunti 'dicotomici' nel discorso politico-giuridico cinque-seicentesco, una precisa relazione opposizionale fra 'monismo' e 'pluralismo' si manifesta soltanto nell'orizzonte del dominante paradigma statualistico del maturo Ottocento.

Certo, se pure il *Deutsche Genossenschaftsrecht* non basta a mettere in crisi il paradigma 'monistico', il suo autore non è comun-

---

(23) Ad Althusius Gierke dedica un'attenta ricostruzione storico-teorica. Cfr. O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtliche Staatstheorien*, Breslau, W. Koebner, 1880. Riflettendo su Gierke e sul suo 'pluralismo' si richiama a una contrapposizione 'paradigmatica' fra Hobbes e Althusius A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità: filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, Donzelli, 2002, p. 148 e ss.

que una *vox clamantis in deserto*. Fra Otto e Novecento, si moltiplicano i tentativi di offrire una rappresentazione dell'ordine socio-politico alternativa alla dottrina stato-centrica, facendo leva su due temi principali: la dipendenza del diritto dallo Stato e il rapporto fra lo Stato e i gruppi sociali.

Per quanto riguarda il primo profilo, prende campo in Europa una vera e propria 'rivolta contro il formalismo' (giuridico), che presuppone la critica a un assunto centrale del paradigma statualistico (l'integrale dipendenza dell'ordine giuridico dalla volontà dello Stato) e si sviluppa in due direzioni complementari: la critica dell'idea ottocentesca di 'codice' (la pretesa di una disciplina legislativa onnicomprensiva ed esclusiva) e il rifiuto di un'ermeneutica fondata sull'assunto dell'autosufficienza, della completezza, della non contraddittorietà dei testi legislativi e concepita come un'attività logico-sillogistica, 'dichiarativa' e non 'creativa'.

Per quanto riguarda il secondo profilo, la rivendicazione dello spessore socio-giuridico dei gruppi, contro la pretesa di renderli invisibili o di prenderli in considerazione soltanto in quanto riconducibili al 'centro' statale, è tanto diffusa da divenire un punto di convergenza di teorie e di inclinazioni politiche per tanti aspetti diverse o incompatibili. Basti pensare, esemplificando, alla dottrina della Chiesa cattolica che, negli anni della *Rerum Novarum*, rilancia con forza il tema delle 'corporazioni', alla sociologia organicistica di Shäffle e in generale ai tanti rivoli della riflessione 'anti-individualistica' di ispirazioni solidaristica, alla tradizione proudhoniana, che sollecita anche alcuni giuristi (come Maxime Leroy) a ripensare l'ordine giuridico come una galassia di associazioni autonome, collegate da vincoli contrattuali, piuttosto che come la proiezione dell'unilaterale volontà sovrana.

Rifiuto del modello stato-centrico; negazione della possibilità di ricondurre tutto il diritto (il diritto come tale) alla volizione statale; affermazione dell'autonomia e originaria consistenza dei gruppi sociali: queste tesi (pur se variamente formulate e motivate) si presentano con tanta insistenza fra Otto e Novecento da mettere in questione l'egemonia del paradigma statualistico.

È lungo la linea tracciata da Gierke che si muove un'opera che nel secondo Novecento apparirà come uno dei principali momenti di fondazione del 'pluralismo': la *Grundlegung der Soziologie des*

*Rechts*, pubblicata nel 1913 da Eugen Ehrlich (24). La sua tesi di fondo è liberare il diritto dal letto di Procuste dell'imperativismo statualistico. Occorre accogliere il messaggio gierkeano esplicitandone e accentuandone la portata teorica a partire dalla tesi dell'originaria connessione fra 'diritto', 'ordine' e 'gruppo sociale'. « Il diritto è un ordinamento » (25) (« das Recht ist eine Ordnung » (26)). Ed è « merito imperituro di Gierke avere scoperto questa natura del diritto in quelle formazioni sociali che egli designa come 'consociazioni' (*Genossenschaften*), fra le quali annovera anche lo stato [...] » (27). Il diritto è l'ordine immanente a un gruppo sociale già nelle epoche più antiche, mentre lo Stato è un prodotto relativamente recente del processo storico.

Come già per Gierke, anche per Ehrlich far leva sulla pluralità dei gruppi permette di offrire una comprensione storicamente più fondata dello Stato stesso: che deve essere inteso come un organo della società, che si rende tanto più necessario quanto più strette divengono le interrelazioni fra le diverse componenti di una società (28).

Svincolato dallo Stato e intimamente connesso con i più diversi gruppi di cui una società si compone, il diritto assume un'impronta chiaramente pluralistica: se i gruppi sono molteplici e diversi, altrettanto vari saranno gli assetti — gli ordinamenti — dei gruppi stessi. La società è una rete di gruppi sociali, il diritto è l'ordinarsi di ciascuno di essi e l'ordine complessivo è la risultante dell'interconnessione dei gruppi e dei loro ordinamenti: il 'pluralismo' politico (o politico-sociale) e il 'pluralismo' giuridico sono quindi due facce della stessa moneta ed entrambi traggono senso dalla frontale contrapposizione al 'monismo' di una teoria che riconduca l'ordine giuridico all'esclusiva volontà del sovrano.

Il diritto non ha bisogno dello Stato per esistere. Nemmeno il

---

(24) E. EHRLICH, *Die Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, tr. ital. *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 1976.

(25) EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, cit., p. 30.

(26) EHRLICH *Die Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., p. 17.

(27) EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, cit., p. 30.

(28) Ivi, p. 183 e ss.

legame (peraltro discutibile per Ehrlich) fra diritto e coercizione può condurre a questa conclusione, dal momento che ciascun gruppo sociale è in grado di esercitare una forte pressione sui suoi membri, pur ricorrendo a strumenti diversi da quelli impiegati dall'apparato coercitivo dello Stato. Allo stesso modo, non è possibile far coincidere il diritto con le proposizioni giuridiche utilizzate dai tribunali. Il diritto non interviene soltanto nel momento 'patologico' del conflitto fra due contendenti, ma è l'intelaiatura entro la quale si svolge la vita di qualsiasi gruppo sociale. Il diritto vive della vita della comunità: è « diritto vivente » (« lebendes Recht »). Il diritto, ancorché « non formulato in proposizioni giuridiche », « regola tuttavia la vita sociale »<sup>(29)</sup> perché è l'espressione di una pluralità di forme sociali irriducibili al 'sistema normativo' imposto dal sovrano.

Il problema più difficile è un problema che impegnerà a fondo il 'pluralismo' del secondo Novecento: il problema della caratterizzazione delle norme giuridiche. Se è vero, infatti, che il diritto è l'ordinamento di un gruppo sociale, che le norme giuridiche sono le regole per mezzo delle quali un gruppo si organizza, resta il fatto che non tutte le regole necessarie per la sussistenza del gruppo possono definirsi 'giuridiche'. Quale è dunque la 'differenza specifica' che separa le norme giuridiche da altre regole di comportamento? Per Ehrlich, la norma giuridica « costituisce l'ossatura dell'ordinamento interno [...] il sostegno valido di tutta l'organizzazione [...] »: è la regola « che, nell'ambito di un gruppo, attribuisce ai singoli membri la loro reciproca posizione di sovrordinazione o di subordinazione [...] »<sup>(30)</sup>. In questa prospettiva, non solo la realtà sociopolitica dei gruppi appare inseparabile dalla dimensione giuridica, ma quest'ultima sembra essenzialmente connessa con la diseguaglianza potestativa fra i soggetti.

Una pluralità di gruppi giuridicamente organizzati di contro allo Stato come 'monopolista' del diritto: l'approccio 'pluralistico' di Gierke, pur non riuscendo a sostituirsi al paradigma 'monistico', ottiene credito non solo in Germania, ma anche in Gran Bretagna. Certo, in Gran Bretagna una rappresentazione 'pluralistica' dell'ordine non deve vedersela con un 'monismo' statualistico tanto diffuso

---

(29) Ivi, p. 592.

(30) Ivi, p. 35.

e radicato come in Germania (o in Francia o in Italia) <sup>(31)</sup>. Non mancano però, nemmeno al di là della Manica, visioni ‘monistiche’ della sovranità: basti pensare, da un lato, all’imperativismo di Austin e, dall’altro lato, alla diffusione della filosofia hegeliana grazie alla mediazione dei *British idealists* e di Bosanquet. Ed è come un provvidenziale antidoto nei confronti dell’imperativismo austiniiano che l’opera di Gierke viene accolta in Inghilterra, soprattutto per il tramite di Frederick William Maitland. Il tema decisivo è, di nuovo, il ruolo dei gruppi sociali. Per il medievista Maitland <sup>(32)</sup> (così come per il suo allievo John Neville Figgis <sup>(33)</sup>) è la storia stessa a rivelare il carattere originario, autonomo, non statale di numerosissime formazioni sociali e a smentire la tesi della loro necessaria dipendenza dalla volontà sovrana <sup>(34)</sup>.

Lo Stato e la sua potestà di volere; la natura dei gruppi sociali; lo spazio del diritto: è intorno a questi nodi tematici che si gioca la possibilità di un’alternativa al modello dominante. In Francia, una brillante proposta in questa direzione è avanzata da Maurice Hauriou, che fa leva sulla dimensione relazionale, intersoggettiva dell’esistenza umana. Ne sono un’estrinsecazione i gruppi sociali, in tutta la loro varietà. Il gruppo non è un occasionale intreccio di azioni, ma è un’organizzazione che fissa posizioni di potere e di obbedienza e assegna ai suoi membri privilegi e oneri. Il gruppo quindi, se vive degli apporti di ogni singolo componente, al contempo ha una struttura che gli conferisce una precisa identità e gli assicura la possibilità di permanere nel tempo. A un gruppo sociale così concepito Hauriou riserva il termine di ‘istituzione’ <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> Cfr. C. LABORDE, *The Concept of the State in British and French Political Thought*, in «Political Studies», 48 (2000), pp. 540-557.

<sup>(32)</sup> Cfr. F.W. MAITLAND, *Introduction*, in O. VON GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages*, Translated with an Introduction by Frederic William Maitland, Cambridge, Cambridge University Press, 1900, pp. vii-xlv.

<sup>(33)</sup> Cfr. J.N. FIGGIS, *Churches in the Modern State*, Bristol, Thoemmes, 1914; ID., *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, Cambridge, Cambridge University Press, 1916.

<sup>(34)</sup> Cfr. D. RUNCIMAN, *Pluralism and the Personality of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

<sup>(35)</sup> Cfr. M. HAURIU, *La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896, p. 189 e ss.; ID., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, p. 128 e ss.

Come Gierke e Ehrlich, così anche Hauriou assume il gruppo come una realtà originaria e spontanea e vede nella connessione fra le molteplici formazioni sociali, da un lato, il tessuto connettivo dell'ordine e, dall'altro lato, la condizione di esistenza e di manifestazione delle norme giuridiche. È nel gruppo in quanto unità organizzata e continuativamente esistente che il diritto prende a esistere come struttura del gruppo stesso e strumento di regolamentazione della vita dei suoi componenti. Lungi dall'essere la proiezione della volontà dello Stato, il gruppo, in quanto istituzione, ha le medesime caratteristiche essenziali rintracciabili nello Stato, che deve quindi essere concepito non come il demiurgo che dall'alto modella la materia sociale, ma come una sua interna componente, la più complessa (nell'attuale congiuntura storica), ma non la prima nel tempo; un'entità che presuppone un tessuto sociale già intrinsecamente giuridico e si presenta come «l'istituzione delle istituzioni»<sup>(36)</sup>.

Hauriou non fa ricorso a una esplicita tematizzazione del termine 'pluralismo' e del suo antonimo, ma questa coppia opposizionale è implicita nella sua teorizzazione. Conviene semmai segnalare una complicazione del quadro, che, in Hauriou, non è interamente occupato dalla contrapposizione fra 'pluralismo' e 'monismo', dal momento che interviene un termine in qualche misura intermedio: 'nazione'. La nazione di Hauriou non è la nazione di Esmein o il *Volk* di Gerber o il popolo di Vittorio Emanuele Orlando: non è un'entità che, pure densa di storia e di sostanza etico-politica, interviene soltanto come simbolo di legittimazione di uno Stato che, in quanto persona sovrana, rende possibile l'esistenza dell'ordine giuridico. Per Hauriou la 'nazione' non scompare nello Stato, ma si presenta come una realtà relativamente autonoma perché composta da una rete di istituzioni storicamente e socialmente collegate fra loro, come «l'insieme delle situazioni stabilite [...], capaci di solidarizzare per fare da contrappeso al governo e costituire un blocco nazionale»<sup>(37)</sup>. Il 'pluralismo' di Hauriou si rende compatibile con un'opzione 'dualistica': lo Stato si trova di fronte a una 'nazione' che

---

<sup>(36)</sup> HAURIUO, *Principes de droit public*, cit., p. 125.

<sup>(37)</sup> Ivi, p. 254.

a sua volta racchiude una molteplicità di gruppi strettamente interconnessi.

È in ogni caso il gruppo sociale l'elemento su cui far leva per mettere in crisi il paradigma statualistico e ridefinire il rapporto fra il diritto e lo Stato: lungi dall'essere interamente attratto nell'orbita dello Stato, il diritto entra in gioco non appena la collaborazione fra un insieme di individui permane nel tempo, si organizza, si 'istituzionalizza'. Ogni gruppo sociale è un'istituzione, un 'ordinamento giuridico': è questa la tesi che Santi Romano enuncia, a pochi anni di distanza da Hauriou, nel suo omonimo libro del 1918 <sup>(38)</sup>.

Romano conferma con particolare incisività la mutua implicazione fra 'gruppo sociale' (organizzato, 'istituzionalizzato') e 'diritto': un gruppo sociale non può funzionare e permanere nel tempo senza darsi un ordinamento, senza essere un 'ordinamento giuridico', e, viceversa, il diritto non galleggia sul vuoto, ma è un'essenziale modalità di esistenza di qualsiasi gruppo sociale. È all'interno di una galassia di gruppi 'ordinati', di 'ordinamenti giuridici', che Romano, come prima Hauriou, colloca lo Stato: non un 'dio mortale' chiamato a dominare una realtà qualitativamente incommensurabile con esso, ma un 'ordinamento' fra gli 'ordinamenti'.

Certo, per nessuno dei due giuristi (e nemmeno per Gierke) la valorizzazione della molteplicità dei gruppi induce a mettere in parentesi lo Stato, che resta per tutti un imprescindibile termine di confronto. Con elegante semplicità, Romano, se afferma la natura 'ordinamentale' che lo Stato condivide con qualsiasi gruppo sociale, al contempo sottolinea la 'differenza specifica' dell'ordinamento statale: la sovranità. La sovranità romaniana non è una sovranità debole: è l'idea, caratteristicamente moderna, di un potere supremo

---

<sup>(38)</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, Enrico Spoerri, 1918. Sul nesso fra Romano e il 'pluralismo' cfr. M. BARBERIS, *Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLI (2011), 2, pp. 349-59. Recenti, interessanti analisi della dottrina romaniana in «Jura Gentium», XV (2018), 2, a cura di Th. Casadei, S. Pietropaoli; in *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, a cura di R. Cavallo Perin et al., Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; e in *Santi Romano. L'ordinamento giuridico (1917-2017). La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari. Palermo 24-25 novembre 2017*, a cura di M. Mazzamuto, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

ed esclusivo esercitato su un insieme di soggetti all'interno di un territorio rigorosamente delimitato. Cambia però la descrizione della partita giocata dal sovrano: non la creazione *ex nihilo* dell'ordine giuridico, dal momento che il 'territorio' non è uno spazio socialmente e giuridicamente piatto, ma è un intreccio di 'ordinamenti' con i quali il sovrano deve fare i conti, riconoscendoli o disconoscendoli, assoggettandoli o coordinandoli (rimanendo fermo, beninteso, il fossato incolmabile che separa il territorio 'metropolitano' dai possedimenti coloniali, nei quali il potere sovrano può dispiegarsi in tutta la sua incontrollata potenza<sup>(39)</sup>).

Da Gierke a Ehrlich, a Hauriou, a Romano si delinea dunque, se non un campo teorico strettamente unitario, almeno una molteplicità di teorie fra loro diverse, ma accomunate da un'aria di famiglia' che ha i tratti seguenti: assumere i gruppi sociali come grandezze indipendenti dalla volizione statale e come formanti originari dell'ordine socio-giuridico complessivo e contrapporre la visione di un ordine fondato sulla 'pluralità' a un ordine ancorato alla solitaria, 'monistica' volizione statale.

#### 4. *Un neologismo: il 'pluralismo' secondo Harold Laski.*

Fra Otto e Novecento sono maturate le principali opzioni che, variamente combinate fra loro, conducono a definire un'alternativa al paradigma statualistico: far leva sui gruppi sociali, assumerli come il luogo originario di formazione del diritto, emancipare il diritto dall'esclusiva dipendenza dalla volizione statale, ripensare l'ordine complessivo facendo dei gruppi un suo snodo essenziale, contestare la distanza assoluta, qualitativa, dello Stato dai gruppi sociali sottolineando la comune natura 'istituzionale', 'ordinamentale' dell'uno e degli altri. Tutto ciò può essere presentato come l'espressione di un'inclinazione 'pluralistica' ormai presente nella cultura politico-giuridica otto-novecentesca. È però anche vero che questo 'pluralismo' esiste, per così dire, allo stato fluido: i 'pluralisti' sono 'oggettivamente' tali, ma non esplicitano la loro alternativa teorica allo

---

<sup>(39)</sup> S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Roma, Athenaeum, 1918, vol. I, p. 105 e ss.; p. 124 e ss.

‘statualismo’ assumendo come punto di gravitazione dei loro enunciati la relazione antonimica fra ‘pluralismo’ e ‘monismo’.

Una siffatta consapevolezza ‘riflessiva’ è invece evidente negli scritti di Harold Laski. I suoi bersagli sono gli stessi sui quali, in Gran Bretagna, si erano concentrati gli attacchi di Maitland e di Figgis: l’imperativismo di Austin, l’hegelismo dei *British Idealists* e di Bosanquet. Laski apprezza tanto il realismo di Duguit<sup>(40)</sup> e il sindacalismo ‘proudhoniano’ di Leroy<sup>(41)</sup> quanto lo storicismo di Maitland e di Figgis e ne trae argomenti per valorizzare la molteplicità dei gruppi, degli interessi, delle forze socialmente operanti e per fare dello Stato una variabile dipendente della società, anziché la condizione imprescindibile dell’ordine politico-giuridico. Lo Stato, lungi dall’essere un’entità geneticamente e funzionalmente diversa da tutti gli altri attori sociali, è semmai qualcosa di simile « to that medieval empire which was above all a community of communities »<sup>(42)</sup>.

Deriva da questi assunti il tentativo di ripensare i principi portanti dell’ordine politico, in una prospettiva che sarà anche di Cole<sup>(43)</sup> e dell’ambiente ‘fabiano’: vedere nel consenso e non nella forza dello Stato, nella coordinazione fra le forze socialmente operanti e non nella subordinazione a un potere estrinseco gli elementi portanti dell’ordine. La valorizzazione della molteplicità dei gruppi si traduce nell’idea di un’organizzazione ‘orizzontale’, federale, fra i gruppi e in una ripartizione funzionale della sovranità<sup>(44)</sup>.

Laski unisce la sua voce alla ricca (pur se minoritaria) polifonia ‘anti-statualistica’ diffusa nella cultura otto-novecentesca, ma rivela un’accentuata sensibilità epistemologica che lo induce a interrogarsi

<sup>(40)</sup> H.J. LASKI, *Authority in the Modern State*, New Haven, Yale University Press, 1919, p. 113 e ss.

<sup>(41)</sup> Ivi, p. 321 e ss. Cfr. A.-M. CHAMBOST, *Le sens de l'ordre, dans la passion de la liberté. Maxime Leroy, juriste proudhonien (1873-1957)*, in « Société pour l’Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands », 70 (2013), pp. 353-371.

<sup>(42)</sup> H.J. LASKI, *Studies in the problem of sovereignty*, New Haven, Yale University Press, 1917, p. 137.

<sup>(43)</sup> Cfr. G.D.H. COLE, *Social Theory*, London, Methuen, 1920.

<sup>(44)</sup> H.J. LASKI, *The Problem of Administrative Areas* (1918), in ID., *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, New York, Harcourt, Brace, 1921, p. 54.

sul fondamento delle sue opzioni politico-giuridiche. È in questione il problema del rapporto fra lo Stato e i gruppi sociali e per Laski questo problema può essere ricondotto, nella sua essenza, a un 'classico' problema filosofico: il problema del rapporto fra i 'molti' e l' 'uno'. Ed è proprio questo problema che veniva intensamente discusso da un filosofo, William James, che operava nello stesso ambiente culturale cui anche Laski appartiene <sup>(45)</sup>: la quarta delle *Lectures* che compongono un'opera di James, *Pragmatism* <sup>(46)</sup>, uscita nel 1907, è dedicata infatti al problema « of 'the one and the many' », che il filosofo americano dichiara di considerare « the most central of all philosophic problems [...] » <sup>(47)</sup>.

A questo problema James offre una soluzione fondata sulla contrapposizione fra il 'pragmatismo' e il 'razionalismo': per il razionalista, il mondo è già dato nella sua imm modificabile struttura, mentre, per il pragmatista, l'azione individuale è creativa e il mondo è continuamente trasformato dal comportamento dei soggetti <sup>(48)</sup>. È in questione, per entrambi, non tanto una teoria della conoscenza, quanto « the structure of the universe itself ». Per il pragmatista il mondo è una sorta di libro aperto, mai concluso, mentre per il razionalista il mondo è « eternally complete »: ed è in questa alternativa che entrano in gioco « the rival metaphysical hypotheses of pluralism and monism » <sup>(49)</sup>.

Il 'pluralismo' contro il 'monismo': è questa la contrapposi-

<sup>(45)</sup> « James had been attached to Harvard until his death in 1910. Laski himself was based at Harvard in the years 1915 to 1920 » (J.-A. CL. PEMBERTON, *James and the Early Laski: The Ambiguous Legacy of Pragmatism*, in « History of Political Thought », 19 (1998), 2, p. 273).

<sup>(46)</sup> W. JAMES, *Pragmatism. A new Name for Some Old Ways of Thinking*, New York-London, Longmans, Green, 1922.

<sup>(47)</sup> Ivi, p. 129. Cfr. J.R. O'SHEA, *Sources of Pluralism in William James*, in *Pluralism: The Philosophy and Politics of Diversity*, M. Baghramian, A. Ingram (eds.), London, Routledge, 2000, pp. 17-43; M. SAVRANSKY, *The Pluralistic Problematic: William James and the Pragmatics of the Pluriverse*, in « Theory, Culture & Society », 2019, pp. 1-19.

<sup>(48)</sup> JAMES, *Pragmatism*, cit., pp. 256-57. James dichiara a questo proposito la sua sintonia con « signore Papini », « the leader of Italian pragmatism ». Cfr. D. FULVI, « Compagni in pragmatismo ». *Giovanni Papini e William James*, in « Nòema », 6 (2015), 2, pp. 18-3.

<sup>(49)</sup> JAMES, *Pragmatism*, cit., p. 259.

zione che percorre le *Lectures* di due anni successive<sup>(50)</sup>. « The general thesis of these lectures » è « a defense of the pluralistic against the monistic view ». Per descrivere le due contrapposte visioni James usa un'icastica espressione: « I may contrast the monistic and pluralistic forms in question as the 'all-form' and the 'each form' »<sup>(51)</sup>. Per i monisti il mondo è « one great all-inclusive fact outside of which is nothing »<sup>(52)</sup>, mentre per i pluralisti « things are 'with' one another in many ways, but nothing includes everything, or dominates over everything »<sup>(53)</sup>. Una pluralità aperta e mobile di contro a un'unità immutabile e ferma: un 'multiverse', più che un 'universe', dove l'unità emerge sulla base di connessioni indirette e mediate, per continuità e contiguità e non per un'universale complicazione di tutto con tutto<sup>(54)</sup>. Non una totalità onni-inclusiva organizzata intorno a un centro, ma una molteplicità di forme diverse e variamente interrelate: « the pluralistic world is thus more like a federal republic than like an empire or a kingdom »<sup>(55)</sup>.

È proprio a questa metafora (e alla dialettica fra 'monismo' e 'pluralismo' illustrata da James) che Laski fa riferimento per respingere la visione hegeliana dello Stato: se applichiamo all'esperienza storico-politica la visione di James, non assumiamo più lo Stato come l'elemento primario e originario, la totalità che risolve in se stessa le proprie parti componenti, ma al contrario assumiamo le singole realtà come elementi immediatamente significativi e autosufficienti<sup>(56)</sup>. Le tesi di fondo di tutto il fronte 'pluralistico' (da Gierke in poi) — il carattere originario dei gruppi sociali, la loro omologia strutturale con lo Stato, la sottrazione dell'ordine complessivo all'esclusiva orbita statale — vengono ora complessivamente organizzate intorno all'asse antonimico 'pluralismo/monismo'.

Pure un altro profilo emerge in piena luce: la dimensione non

<sup>(50)</sup> W. JAMES, *A Pluralistic Universe. Hibbert Lectures at Manchester College on the Present Situation in Philosophy*, New York, Longmans, Green, 1909.

<sup>(51)</sup> Ivi, p. 44.

<sup>(52)</sup> Ivi, p. 36.

<sup>(53)</sup> Ivi, p. 321.

<sup>(54)</sup> Ivi, p. 325.

<sup>(55)</sup> Ivi, p. 321.

<sup>(56)</sup> H.J. LASKI, *The sovereignty of the State* (1915), in ID., *Studies in the problem of sovereignty*, cit., p. 11.

soltanto ‘conoscitiva’, ma anche valutativa dell’approccio pluralistico. Certo, in tutta la galassia ‘pluralistica’ otto-novecentesca la rappresentazione ‘scientificamente’ disinteressata dell’ordine complessivo è solo una delle facce dell’argomentazione, raramente avulsa da qualsiasi giudizio di valore. Se affermo che i gruppi sociali sono un formante originario dell’ordine complessivo, se sostengo che la pluralità è la cifra di ‘ciò che è’, sarò indotto a denunciare nel ‘monismo’ non soltanto un errore nella teoria, ma anche una risposta inadeguata e insoddisfacente sul terreno della prassi. È però molto vario il ‘dosaggio’, rispettivamente, della ‘rappresentazione’ e della ‘valutazione’ nella letteratura ‘pluralistica’: tanto per fare due esempi, è molto forte la componente ‘prescrittiva’ in Leroy e nella tradizione proudhoniana, mentre appare predominante il tono ‘scientificamente’ neutro dell’argomentazione nell’istituzionalismo romaniano (che infatti si rende compatibile con una piena valorizzazione dell’ordinamento sovrano). In Laski cade ogni reticenza e la relazione opposizionale fra ‘pluralismo’ e ‘monismo’ non soltanto trova una precisa e ‘paradigmatica’ formulazione, non soltanto si presta a una lettura critica della tradizione ‘moderna’, ma anche si traduce in una precisa proposta etico-politica: la valorizzazione del *self-government*, del decentramento e del federalismo e, più in generale, il recupero di una aristotelica (arendtiana, *avant lettre*) visione di una dimensione attiva e partecipativa della cittadinanza<sup>(57)</sup>.

In ogni caso, ‘pluralismo’ è ormai un’espressione compiutamente definita e impiegabile per individuare una precisa e riconoscibile visione dell’ordine politico-giuridico<sup>(58)</sup>. Attraverso la mediazione di William James, un termine — ‘pluralismo’ — che era stato introdotto nel lessico filosofico settecentesco senza peraltro conoscere una vasta diffusione, viene accolto nel discorso politico-

---

<sup>(57)</sup> H.J. LASKI, *The pluralistic State* (1919), in Id., *The Foundations of Sovereignty*, cit., pp. 242-43.

<sup>(58)</sup> Si mostrano consapevoli del carattere ormai esplicito e ‘paradigmatico’ della contrapposizione ‘monismo/pluralismo’ G.H. SABINE, *Pluralism: A Point of View*, in « *American Political Science Review* » 17 (1923), 1, pp. 34-50 e KUNG CHUAN HSIAO, *Political Pluralism. A Study in Contemporary Political Theory*, London, Kegan Paul, 1927.

giuridico e posto al centro di un'area semantica già delimitata dagli orientamenti 'anti-monistici' tardo-ottocenteschi, ma non ancora organizzata intorno a una precisa cristallizzazione lessicale.

5. *Il 'pluralismo' fra politica e diritto.*

È soltanto nella seconda metà dell'Ottocento che, con Gerber, il sapere giuridico dichiara la propria autonomia epistemologica e la necessità di offrire una rappresentazione 'pura' dell'ordine complessivo, interrompendo la tradizionale contiguità fra 'politica' e 'diritto' nella rappresentazione dell'ordine. Certo, il divorzio fra il 'diritto' e la 'politica' richiedeva tempo per produrre tutti i suoi effetti. Prendeva comunque a diffondersi, in generale, la tendenza alla moltiplicazione degli 'specialismi', alla differenziazione degli ambiti di esperienza assunti a oggetto di analisi 'scientifica': proprio negli anni in cui la giuspubblicistica proponeva un'analisi strettamente 'giuridica' dell'ordine complessivo, nasceva un nuovo sapere — la 'scienza politica' — interessata a studiare le azioni, piuttosto che le norme, i concreti comportamenti (gli interessi, i conflitti) politicamente rilevanti, piuttosto che gli apparati.

Alla diffusione degli 'specialismi' non si sottrae nemmeno la galassia 'pluralistica'. Sul terreno del sapere giuridico, un chiaro esempio è offerto da Santi Romano. Romano condivide i principali assunti 'pluralistici': il carattere originario e autonomo dei gruppi sociali; il nesso essenziale fra il fenomeno giuridico e il gruppo sociale; l'omologia fra un qualsiasi ordinamento giuridico e lo Stato (fatta salva la 'differenza specifica' della sovranità). Al contempo, però, egli appartiene a quella tradizione giuspubblicistica che, prima in Germania e poi in Francia e in Italia, intendeva offrire un'analisi rigorosamente, esclusivamente giuridica del proprio oggetto. Coerentemente, quindi, la sua teoria 'istituzionalistica' assume, sì, i gruppi sociali come il *primum movens* dell'ordine, ma intende prenderli in considerazione soltanto nella loro 'trascrizione' giuridica.

Se invece guardiamo a un altro dei protagonisti del pluralismo novecentesco, Harold Laski, ci accorgiamo facilmente come la medesima 'grammatica' concettuale presieda allo sviluppo di un discorso diverso: i gruppi sociali sono pur sempre i punti su cui far

leva per dimostrare l'insufficienza di una rappresentazione 'monistica' dell'ordine complessivo, ma interessano non tanto come luoghi di manifestazione di una 'giuridicità' non riconducibile alla volontà statale, quanto come coaguli di forze e aggregazioni di interessi che il 'monismo' statualistico occulta (sul piano della teoria) e coarta e soffoca (sul piano della prassi).

La teoria istituzionalistica di Santi Romano e la filosofia politica di Harold Laski si offrono dunque come eloquenti esempi delle diverse declinazioni cui si presta il pluralismo ormai giunto alla sua maturità. Certo, Laski è solo un esempio della possibilità di imprimere una precisa inflessione teorico-politica al pluralismo. È però un esempio interessante se si tiene conto della sua influenza su ciò che è stato chiamato una « second wave of pluralism in politics »<sup>(59)</sup>: l'ondata 'pluralistica' che, fra gli anni Cinquanta e gli anni Sessanta del Novecento, raggiunge la scienza politica americana, interessata a studiare la distribuzione del potere guardando ai gruppi sociali e alla dinamica degli interessi. Si muove precocemente in questa direzione Arthur Bentley, che accoglie i due principali assiomi del 'pluralismo' (il rifiuto di un centro statale da cui far dipendere tanto l'esistenza quanto la rappresentazione dell'ordine e la valorizzazione dei gruppi sociali) e li impiega per analizzare « the process of government »: non riconducibile a un insieme di forme, di apparati e di ordinamenti, ma decifrabile solo a partire dalle interazioni, dai conflitti, dalle pretese dei gruppi sociali<sup>(60)</sup>. Ed è nell'ambito di una scienza politica ormai lontana dal 'formalismo' dei giuristi che opererà Robert Dahl, il principale rappresentante del pluralismo politologico americano del secondo Novecento.

Dahl sviluppa una teoria della democrazia che tiene conto della critica schumpeteriana dell'idea (che Schumpeter chiamava 'classica' della democrazia: per Schumpeter (e per tutta la tradizione 'elitista') la democrazia non è il potere del *demos*, ma è un'arena dove si svolge una (regolamentata) competizione fra leader rivali. Nemmeno per Dahl la democrazia è forma ed espressione della

---

<sup>(59)</sup> C. YUMATLE, *Pluralism*, in *The Encyclopedia of Political Thought*, M.T. Gibbons (ed.), Oxford, Wiley-Blackwell, 2015 (Wiley Online Library, p. 8).

<sup>(60)</sup> A. BENTLEY, *The Process of Government. A Study of Social Pressures*, Chicago, University Press, 1908.

volontà unitaria di un soggetto collettivo, ma è piuttosto il dispiegarsi di una pluralità. Il paradigma pluralistico continua a suggerire l'opportunità di destrutturare l'«uno» a vantaggio dei «molti». L'uno però non è lo Stato dei giuristi, ma è il «popolo» rousseauviano, e i molti sono i gruppi sociali e politici; ed è appunto dell'interazione fra gruppi e interessi rivali, dei loro conflitti e dei loro provvisori e mobili accordi, che si sostanzia un processo di potere che può dirsi «democratico» proprio in quanto essenzialmente «plurale». La democrazia non è il potere di un *demos* unitario: è l'interazione fra gruppi e poteri diversi, è una poliarchia <sup>(61)</sup>.

Dal medesimo «ambiente» pluralistico si dipartono dunque due linee nettamente divergenti. La distanza fra esse è, in primo luogo, di carattere disciplinare: Romano si muove nel solco di un intransigente specialismo giuridico, mentre a Laski interessano i gruppi come momento e tramite della complessiva «distribuzione» del potere. In secondo luogo, è diverso il loro atteggiamento nei confronti dello Stato. Se per Laski la valorizzazione dei gruppi comporta la mera eclissi dello Stato, per Romano la teoria della pluralità degli ordinamenti, lungi dal cancellare la rilevanza dello Stato, la conferma, attribuendo all'ordinamento statale, e solo a esso, l'elemento della sovranità. E nel momento in cui un ordinamento è sovrano, l'organizzazione e la rappresentazione dell'ordine politico-giuridico (non dell'ordine nella sua «essenza» atemporale o dell'ordine in una qualche sua remota concrezione storica, ma dell'ordine nella sua storica e attuale conformazione) non possono che passare attraverso lo Stato.

Da un lato, una teoria esclusivamente politologica, dall'altro lato, una teoria rigorosamente giuridica del «pluralismo»: i germogli nati dal medesimo tronco sembrano ormai fiorire in completa autonomia. Intervengono però, a rimescolare le carte, la cesura della

---

<sup>(61)</sup> R.A. DAHL, *Poliarchia. Partecipazione e opposizione nei sistemi politici* (1971), Milano, Franco Angeli, 1981; Id., *La democrazia e i suoi critici* (1989), Roma, Editori Riuniti, 1990; Id., *Prefazione alla teoria democratica* (1956), Milano, Ed. di Comunità, 1994; Id., *Politica e virtù. La teoria democratica nel nuovo secolo*, a cura di S. Fabbrini, Roma-Bari, Laterza, 2001. Su Dahl cfr. D.J. LEE, *Polyarchy: The Political Theory of Robert A. Dahl*, New York-London, Garland, 1991; S. PIAZZA, *Alla ricerca della democrazia. Il percorso della scienza politica di Robert A. Dahl*, Padova, CLEUP, 1998; H. BLOKLAND, *Pluralism, Democracy and Political Knowledge. Robert A. Dahl and his Critics on Modern Politics*, London, Routledge, 2011.

Grande Guerra e due importanti ‘esperimenti’ che hanno luogo nel primo dopoguerra, in Italia e in Germania: il fascismo e la democrazia weimariana. Ovviamente, sarebbe assurdo ridurre eventi di tale spessore e complessità a epifenomeni dell’altalena dialettica fra il ‘monismo’ e il ‘pluralismo’. Non è però una forzatura cogliere in filigrana, dentro le strategie retoriche impiegate a sostegno della ‘rivoluzione’ fascista e della costituzione del ’19, tracce di quella dialettica.

Certo, la crescente incidenza dei fenomeni associativi (a partire dal ruolo delle associazioni sindacali e partitiche) impone dovunque di riconsiderare a fondo il rapporto fra lo Stato e gli organismi sociali. Sono però opposte le strategie adottate in Germania e in Italia. Il fascismo organizza la sua retorica politica proponendosi come l’incarnazione della ‘nazione’, reclamando la restaurazione dell’autorità statale, avvilita dalla tradizione liberal-parlamentare e dal suo individualismo edonistico, attribuendo a uno Stato rifondato e rinnovato il compito di ricondurre a se stesso la galassia dei gruppi sociali e infine procedendo verso un’unificazione ‘totalitaria’ della società nazionale. Di contro, decolla, con i lavori dell’assemblea weimariana, un progetto di complessiva riorganizzazione della società fondato sul primato della costituzione: una costituzione che valorizza le esperienze associative (di carattere politico, economico, sindacale, religioso), ne rispetta la pluralità, ne regola l’interazione e fa della dinamica e competitiva coesistenza di attori molteplici un coefficiente della democrazia.

Se ciò è vero, è facile intendere come, nel complesso e acceso dibattito sviluppatosi intorno alla costituzione, la contrapposizione fra ‘pluralismo’ e ‘monismo’ acquisisca una perentoria ‘attualità’ e venga usata come una ‘lente’ capace di mettere a fuoco, a seconda dei punti di vista, le inadempienze o i meriti della costituzione del ’19.

Esemplari di un attacco ‘anti-pluralistico’ alla democrazia weimariana sono alcune pagine schmittiane. Non è casuale l’attenzione con la quale Carl Schmitt, in un saggio del ’30, registra l’emersione di un ormai articolato lessico ‘pluralistico’, indicando in Laski il suo più lucido e filosoficamente avvertito promotore<sup>(62)</sup>. Il ‘pluralismo’ è per Schmitt la mera trascrizione del progressivo

---

(62) C. SCHMITT, *Staatsethik und pluralistischer Staat*, in « Kant Studien », 35 (1930), p. 30.

svuotamento della forza unificante dello Stato, ridotto alla funzione di mediatore fra gruppi concorrenti <sup>(63)</sup>. Il 'pluralismo' alimenta la diffusa tendenza al 'discredito' dello Stato, fa leva sulla crescente importanza dei gruppi socioeconomici e « consiste nel negare l'unità sovrana dello Stato, cioè l'unità politica » <sup>(64)</sup>. Ciò che il pluralismo dimentica è, semplicemente, la dimensione della politica e la necessità di poter contare su un popolo unito e omogeneo, capace di contrapporsi con successo al 'nemico' in quell'arena essenzialmente conflittuale (ed essa, sì, 'plurale') che è lo spazio geopolitico <sup>(65)</sup>. La critica schmittiana della costituzione del '19 coincide in sostanza con il rifiuto della sua ispirazione 'pluralistica': la costituzione, lungi dal reagire alla dissoluzione dello Stato, contribuisce alla sua resa ai contrapposti interessi dei gruppi sociali. Ostaggio dei gruppi, lo Stato, anziché proporsi come un centro autonomo di volontà politica, diviene l'impotente trasposizione della dinamica sociale e dei suoi conflitti, « il teatro di una divisione pluralistica delle forze sociali organizzate » <sup>(66)</sup>.

Se dunque Schmitt denuncia nel 'pluralismo' la caratteristica essenziale, e il vizio di fondo, della costituzione weimariana, alcune pagine di Ernst Fraenkel sono emblematiche di un giudizio eguale e contrario: eguale, perché anch'esse indicano nel 'pluralismo' il tratto essenziale della costituzione weimariana; e contrario, perché proprio nella sua ispirazione 'pluralistica' ravvisano il suo principale merito. Per il giovane allievo di Hugo Sinzheimer, è il 'pluralismo' — ovvero la valorizzazione dei fenomeni associativi e la convinzione della loro rilevanza politico-costituzionale — il contrassegno di una nuova democrazia: una « kollektive Demokratie », come la chiama Fraenkel, che completa e arricchisce la democrazia politica affidando alle

---

<sup>(63)</sup> Ivi, p. 31.

<sup>(64)</sup> C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'* (1932), in Id., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, p. 124.

<sup>(65)</sup> SCHMITT, *Staatsethik und pluralistischer Staat*, cit., pp. 28-42.

<sup>(66)</sup> C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 138-39. Cfr. M. CROCE, A. SALVATORE, *Ethical Substance and the Coexistence of Normative Orders. Carl Schmitt, Santi Romano, and Critical Institutionalism*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 56 (2007), pp. 1-32; T. VON WALDSTEIN, *Der Beutewert des Staates. Carl Schmitt und der Pluralismus*, Hamburg, Ares Verlag, 2008.

organizzazioni sociali un ruolo attivo nella formazione della volontà collettiva <sup>(67)</sup>. Sono i gruppi sociali che, operando nell'alveo delle libertà fondamentali, concorrono a determinare l'indirizzo politico e, lungi dal minare l'unità dell'ordinamento, favoriscono quell'integrazione di cui Smend aveva sottolineato l'importanza <sup>(68)</sup>.

Il confronto che Fraenkel inaugura con Schmitt <sup>(69)</sup> si svolge nella cornice dell'antinomia 'pluralismo/monismo'. Negli scritti schmittiani Fraenkel denuncia una doppia declinazione del 'monismo': il 'monismo' di un sovrano immaginato come solitario ed eccedente potere e il 'monismo' di un *demos* omogeneo e insofferente di differenziazioni e di divisioni (il popolo rousseauviano, secondo la lettura schmittiana del *Contratto sociale*). Contro l'interpretazione 'monistica' della democrazia è possibile ricorrere al relativismo kelseniano e al suo 'pluralismo competitivo', ma conviene, per Fraenkel, far leva piuttosto sul ruolo costruttivo e integrativo delle formazioni sociali e sottolineare il carattere « dialettico » della democrazia: una democrazia che è dialettica in quanto si regge sull'interazione (competitiva o collaborativa) fra gruppi e interessi diversi <sup>(70)</sup>.

Fraenkel ha le idee chiare sulle possibili alternative: da un lato, la « democrazia autoritaria » evocata da Schmitt o più concretamente il corporativismo fascista, che, se pure sembra valorizzare i momenti associativi, in realtà li riduce ad articolazioni e cassa di risonanza di una monolitica volontà statale; dal lato opposto, il 'pluralismo': quel pluralismo che l'esperimento weimariano assume come elemento caratterizzante dell'ordine complessivo.

Torna dunque a proporsi, in tutta la sua evidenza concettuale

---

<sup>(67)</sup> E. FRAENKEL, *Kollektive Demokratie* (1929), in ID., *Gesammelte Schriften, Band 1, Recht und Politik in der Weimarer Republik*, hrsg. von H. Buchstein unter Mitarbeit von R. Kühn, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 352.

<sup>(68)</sup> R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>(69)</sup> Cfr. R. CH. VAN Ooyen, *Neo-Pluralismus als 'Anti-Anti-Pluralismus': Die Bedeutung von Kelsen und Schmitt für die politische Theorie von Fraenkel*, in *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, Id. (ed.), Wiesbaden, Springer, 2017, pp. 127-153.

<sup>(70)</sup> E. FRAENKEL, *Um die Verfassung* (1932), in ID., *Gesammelte Schriften, Band 1*, cit., pp. 500-502. Cfr. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità*, cit., *passim*; S. CARLONI, *Una stella nel crepuscolo: gli scritti weimariani di Ernst Fraenkel*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 79 (2002), 3, pp. 349-384.

e lessicale, quella dialettica fra ‘monismo’ e ‘pluralismo’ emersa in piena luce nella cultura europea fra Otto e Novecento. È però il contesto storico complessivo, con la sua rapida e tumultuosa trasformazione, a imprimere a quella dialettica un’inflessione ulteriore, accentuando ed esplicitando la dimensione valutativa del ‘monismo’ e del ‘pluralismo’.

È parte integrante della strategia retorica dei totalitarismi la celebrazione dell’unità: nel nazionalsocialismo, l’unità della razza, nel fascismo, l’unità della nazione-Stato e, in generale, l’unità di una massa che si identifica nelle parole d’ordine del regime (Panunzio parlava del fascismo come di una ‘Chiesa’<sup>(71)</sup>), un’unità (‘totalitaria’, come si prenderà a dire fra gli anni Trenta e Quaranta<sup>(72)</sup>), che rifiuta la pluralità (delle convinzioni, delle azioni), cancella l’autonomia (dei gruppi e degli individui) e trasforma il ‘diverso’ in ‘nemico’.

Di contro, nei paesi ancora fedeli alla tradizione liberal-democratica, l’adozione di un paradigma ‘pluralistico’, se continua ad assumere come esplicito bersaglio il ‘monismo’ caratteristico della tradizione ‘statocentrica’, assume inevitabilmente anche un’implicita valenza ‘antitotalitaria’. Un caso esemplare è offerto, in Francia, da Georges Gurvitch, che delinea una teoria ormai compiuta del ‘pluralismo’. Per Gurvitch il gruppo sociale è un’esperienza originaria, con la quale il diritto è da sempre connesso. Il diritto è una forma immanente all’interazione sociale, è un « diritto sociale », e lo Stato, lungi dall’essere il creatore e il monopolista del diritto, lo presuppone, formandosi nell’alveo di una già ‘ordinata’ interazione sociale, in un momento specifico della sua storia<sup>(73)</sup>. L’unità dell’ordinamento non dipende dunque dall’azione dispotica del sovrano e tanto meno coincide con il totalitario azzeramento di tutto ciò che è eterogeneo e conflittuale, ma è, al contrario, la

---

(71) S. PANUNZIO, *Teoria generale dello stato fascista*, Padova, Cedam, 1932, pp. 59-60.

(72) Cfr. C. STORTI, *Una costituzione per il regime? 1940: lo scoppio della guerra e del conflitto tra partito e scienza giuridica*, in « Giornale di storia costituzionale », 39 (2020), 1, pp. 143-72.

(73) G. GURVITCH, *L’idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinaire depuis le 17<sup>e</sup> siècle jusqu’à la fin du 19<sup>e</sup> siècle* (1932), Aalen, Scientia Verlag, 1972, pp. 29-31; p. 53 e ss.

risultante di una dinamica che trova il proprio punto di equilibrio grazie al libero confronto fra posizioni e interessi diversi (74).

Elaborate nel corso degli anni Trenta, le teorie pluralistiche di Gurvitch vengono tempestivamente riproposte nel secondo dopoguerra. Esce nel 1946 un suo lavoro dedicato alla ‘dichiarazione dei diritti sociali’, che egli presenta come un’esplicitazione di quel ‘diritto sociale’ teorizzato nei suoi scritti degli anni Trenta. I diritti sociali non sono per Gurvitch il frutto di una graziosa concessione del sovrano: non scendono dall’alto sui sudditi, ma trovano la loro sorgente nella dinamica interattiva dei gruppi sociali e nella loro influenza sui pubblici poteri; ed è proprio nell’autonomia delle formazioni sociali che risiede la migliore garanzia sostanziale contro le sempre possibili degenerazioni autoritarie dell’ordinamento (75).

Il ‘pluralismo’ antitotalitario di Gurvitch trova un ambiente particolarmente recettivo nella cultura del secondo dopoguerra. È pressante l’esigenza, in tutto l’Occidente europeo, di progettare ordinamenti che segnino una distanza netta e inequivocabile dal ‘totalitarismo’ sconfitto (e anche dallo statualismo ottocentesco). In questa prospettiva, lo scarto determinante è dato dal rovesciamento del rapporto fra lo Stato e i diritti: non più ricondotti alla discrezionale autolimitazione dell’onnipotente sovrano, ma assunti come il fondamento indisponibile del nuovo ordine e la misura della legittimità dello Stato. È però importante anche il ruolo attribuito ai gruppi sociali, la cui valorizzazione produce effetti di rilievo: contribuendo al ridimensionamento della sovranità, dilatando lo spettro delle libertà, moltiplicando i punti di connessione fra le istituzioni di governo e le aspettative e le inclinazioni dei governati. Non è quindi sorprendente che il ‘pluralismo’ politico-giuridico venga proposto come una chiave teorica per intendere l’ispirazione fondamentale delle nuove democrazie costituzionali.

Emblematica in questo senso è, di nuovo, la riflessione di Ernst

---

(74) Ivi, pp. 17-21.

(75) G. GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, Paris, Vrin, 1946, p. 71 e ss. Sul pluralismo di Gurvitch cfr. M. D’AQUANNO, *Gurvitch pluralista*, Napoli, Morano 1974; A. TANZI, *Georges Gurvitch. Il progetto della libertà*, Pisa, Pacini, 1980; A. SCERBO, *Diritti sociali e pluralismo giuridico in Gurvitch*, in «Tigor: rivista di scienze della comunicazione», III (2011), 1, pp. 45-53.

Fraenkel. La sua teoria pluralistica, messa a punto (come ricordiamo) nella cornice della repubblica weimariana, aveva ricevuto stimoli e conferme nella letteratura politologica nord-americana, da lui conosciuta direttamente negli anni dell'esilio, e aveva infine trovato un conclusivo collaudo nel secondo dopoguerra.

Fraenkel torna a parlare di pluralismo, prima, in un breve scritto del '57 (76), che ripropone le inflessioni 'pluralistiche' della costituzione weimariana, e poi, diffusamente, in un saggio del '64, dove vengono ribaditi i capisaldi della sua teoria (77). La realtà da cui muovere per intendere la democrazia è per Fraenkel una variegata molteplicità di associazioni e interessi la cui interazione non si esaurisce sul terreno dell'economia, ma ha anche una valenza politico-costituzionale. La democrazia costituzionale riposa non sull'omogeneità (è ancora Schmitt il bersaglio di Fraenkel), ma sull'eterogeneità e sul conflitto e richiede di conseguenza una visione nuova del concetto di 'bene comune': che non può essere definito 'a priori', non può essere imposto autoritariamente dall'alto, ma è la risultante del confronto (anche conflittuale) fra le parti sociali (78). Il carattere 'pluralistico' delle democrazie costituzionali non coincide semplicemente con l'esistenza di un ampio ventaglio di libertà individuali e collettive, ma deriva anche dall'incidenza delle parti sociali sul processo di formazione della volontà politica (79).

È dunque a posteriori che il bene comune può essere determinato « sulla base di un delicato processo di sintesi di idee e di interessi divergenti di gruppi e di partiti » (80). È questo il centro del

---

(76) E. FRAENKEL, *Pluralismus* (1957), in ID., *Gesammelte Schriften, Band 5, Demokratie und Pluralismus*, hrsg. von A. von Brünneck, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 383-385.

(77) E. FRAENKEL, *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico* (1964), in *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, a cura di V. Atripaldi, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 5-47. Si vedano le considerazioni di R. BIFULCO, *Il contributo di Ernst Fraenkel alla teoria pluralistica* (ivi, pp. 49-99) e di V. ATRIPALDI, *La teoria pluralistica di E. Fraenkel ed i modelli di pluralismo nella tradizione giurpubblicistica italiana* (ivi, pp. 101-36).

(78) E. FRAENKEL, *Deutschland und die westlichen Demokratien* (1960), in ID., *Gesammelte Schriften, Band 5*, cit., p. 88.

(79) Ivi, p. 89.

(80) FRAENKEL, *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato*, cit., p. 11.

messaggio ‘pluralistico’ affidato da Fraenkel al saggio del ’64 (forse il suo scritto più organico dedicato al ‘pluralismo’): indicare nell’interazione (anche conflittuale) di una molteplicità di gruppi il tramite della formazione della volontà collettiva. Al contempo, Fraenkel sottolinea l’esigenza di garantire la complessiva unitarietà e compattezza dell’ordinamento. Un suo bersaglio polemico è infatti non soltanto Schmitt, ma anche Laski: se il primo era responsabile di una ‘totalitaria’ cancellazione della pluralità, il secondo sottovalutava, per eccesso di zelo ‘anti-monistico’, la necessità di individuare punti di convergenza al di là del conflitto e l’importanza della funzione mediatrice e unificante della sovranità<sup>(81)</sup>. Perché sia possibile realizzare la *concordia discors* di interessi e programmi diversi è indispensabile la condivisione di alcuni fondamentali principi e valori (che Fraenkel collega in qualche misura con la tradizione giusnaturalistica).

Per Fraenkel, le promesse pluralistiche della costituzione di Weimar, traumaticamente interrotte dal totalitarismo nazionalsocialista, si trasfondevano (e giungevano a compimento) nell’ordinamento costituzionale della repubblica di Bonn. E in effetti non mancano significative continuità fra l’originale costituzionalismo inaugurato con l’esperimento weimariano e le democrazie costituzionali del secondo dopoguerra<sup>(82)</sup>, anche se la radicale novità del contesto conferisce a esse nuove e più impegnative valenze. Un profilo importante del nuovo costituzionalismo è ovviamente la valorizzazione delle libertà e della pluralità (delle opinioni e delle formazioni sociali e politiche), che, nel secondo dopoguerra, acquisisce determinazioni ulteriori rispetto alla tradizione liberale dalla quale proviene: da un lato, in quanto incarna la contrapposizione dei nuovi ordinamenti al culto totalitario dell’omogeneità e alla conseguente criminalizzazione dell’alterità, e, dall’altro lato, in quanto viene a far parte del complesso sistema dei diritti fondamentali caratteristico delle democrazie costituzionali.

---

<sup>(81)</sup> Ivi, pp. 15-16, p. 19.

<sup>(82)</sup> Cfr., per una riflessione recente, « Il pensiero politico », LII (2019), 2 (*La repubblica di Weimar come esperienza, come laboratorio e come paradigma*, a cura di R. Gherardi); *Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019)*, G. Bercovici (ed.), São Paulo, Ed. Quartier Latin, 2019.

È però anche vero che il rispetto della pluralità (delle opinioni e degli interessi) non implica automaticamente l'esistenza di una soggiacente teoria 'pluralistica': Gerber, il fondatore del 'monismo' statualistico ottocentesco, era anche un convinto liberale, sicuro dell'esistenza di un 'circolo virtuoso' fra lo Stato, la libertà e la civiltà. Ciò che caratterizza il 'pluralismo' politico-giuridico (il 'pluralismo' come modello teorico) non è tanto o non è soltanto la tematizzazione delle libertà (delle opinioni e delle formazioni sociali e politiche) e della conseguente 'pluralità', quanto l'illustrazione del collegamento fra la pluralità delle forme socio-giuridiche e l'ordine complessivo (come avviene, ad esempio, in Gierke, che non differisce da Gerber per una diversa valorizzazione della libertà).

Riproporre il paradigma 'pluralistico' nella cornice del nuovo costituzionalismo post-bellico non è allora semplicemente sottolineare la rilevanza delle libertà, ma è proporre un modello teoricamente più impegnativo, che intende mostrare come la pluralità (degli interessi e dei gruppi sociali) non sia solo un emblema di libertà, ma sia un tramite nuovo e originale della strutturazione dell'ordine.

Per l'Italia, un esempio interessante delle potenzialità di un modello 'pluralistico' è offerto dal percorso intellettuale di Mortati. I primi scritti di Mortati vedono la luce in un ambiente — l'Italia degli anni Trenta — dominato dalla retorica dell'unità e dell'omogeneità e non mostrano una qualche presa di distanza dal dominante paradigma 'monista'. Certo, non è lo Stato fascista (lo Stato 'sovradeterminato' ideologicamente dalla retorica del regime) a interessare Mortati: per usare una formula felice, la teoria di Mortati non è « una concezione fascista dello Stato », ma è « una concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista »<sup>(83)</sup>. Ad allontanare però Mortati dalla tradizione monistico-statualistica interviene non tanto la definizione dell'oggetto, quanto una scelta di metodo: la convinzione che la comprensione effettiva dell'ordinamento passi attraverso l'analisi dei processi politico-sociali.

L'ordine giuridico non galleggia sul vuoto, ma dipende dalla dinamica delle forze politico-sociali, che, lungi dal poter essere

---

(83) G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, in C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998, p. XIII [Cors. d. A].

collocate in una zona esterna e indifferente al 'giuridico', devono essere trattate come vere e proprie 'fonti' dell'ordinamento, devono essere intese come il fondamento 'materiale', sociopolitico dell'organizzazione giuridico-normativa. È l'abbandono del formalismo e dell'imperativismo giuridico a indurre il giurista a prendere sul serio la molteplicità delle forze sociali. Certo, anche Santi Romano aveva messo a fuoco la pluralità, ma continuava ad esaltare la 'purezza' del metodo giuridico. Ciò gli aveva permesso di sostenere la giuridicità dei gruppi sociali, ma non di assumerli come forze capaci di incidere sulla strutturazione e sulla vita dell'ordinamento sovrano.

Mortati al contrario attribuisce alle forze sociali una portata sostanzialmente costituente<sup>(84)</sup>. Certo, tutto ciò non si traduce immediatamente in un'opzione 'pluralista'. Nell'analisi della dinamica sociale Mortati privilegia l'individuazione dei meccanismi che regolano la distribuzione del potere e assegnano posizioni di supremazia e di subalternità, perché sono le forze politicamente e socialmente predominanti (la costituzione in senso materiale) a imprimere il loro suggello sulla costituzione 'formale'.

Questa prospettiva di fondo, argomentata nel libro del '40 (nello scenario dell'Italia fascista), non muta né durante il periodo costituente né negli anni della faticosa 'attuazione' della costituzione. Nel corso degli anni Sessanta Mortati ribadisce i suoi assunti principali: tanto la necessità di assumere la dinamica sociale come parte integrante dell'ordinamento quanto il riconoscimento di una molteplicità delle forze socialmente agenti, che vengono a comporre un preciso e tendenzialmente stabile assetto potestativo<sup>(85)</sup>. E resta fermo, nell'opera del '40 come negli scritti successivi, che la scaturigine della costituzione 'formale' non è riposta in una qualche indifferenziata grandezza collettiva (la 'nazione' o il '*Volk*' della giuspubblicistica otto-novecentesca), ma coincide con gli assetti

---

(84) Come scrive efficacemente Zagrebelsky, le dottrine costituzionali correnti apparivano a Mortati « se realistiche, non giuridiche; se giuridiche, non realistiche » (ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., p. XVIII).

(85) La costituzione scritta non può che rinviare a una sua « fonte » e questa fonte, « assolutamente primaria », coincide con l'« organizzazione delle forze sociali stabilmente ordinate intorno ad un sistema di interessi e di fini ad esse corrispondenti » (C. MORTATI, *Costituzione (I: Dottrine generali, II: Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962, XI, p. 167 e ss.).

potestativi prodotti dall'interazione anche conflittuale fra « gruppi antagonistici portatori d'interessi diversi »<sup>(86)</sup>.

Alla galassia dei gruppi politico-sociali appartengono anche i partiti politici. Che esistano un partito unico (come nel fascismo) oppure una pluralità di partiti è di primaria importanza per l'individuazione del carattere democratico o totalitario di un regime<sup>(87)</sup>, ma non incide sull'angolatura adottata: la scelta di vedere nell'ordinamento giuridico-istituzionale la faccia di una moneta di cui l'altra faccia è l'assetto degli interessi e dei poteri prodotto dalla dinamica sociale.

Lasciarsi alle spalle la mitica unitarietà della 'nazione' o del 'popolo' per soffermarsi sul variegato panorama degli interessi e dei molteplici attori sociali (individuali e collettivi) basta a fare della teoria mortatiana una teoria 'pluralistica'? Quanto meno, una scelta siffatta esprime il convinto 'anti-monismo' dell'autore della *Costituzione in senso materiale*. A cadere sotto i colpi di un'analisi che vuol essere, congiuntamente, 'giuridica' e 'realistica', è una delle più radicali (e più influenti) versioni del 'monismo': l'immagine (per antonomasia) 'gerberiana', imperativistica e formalistica, di un ordine giuridico sospeso alla volontà della persona sovrana. Né al 'monismo' gerberiano Mortati sostituisce un debole 'dualismo', che si limiti a evocare l'importanza del 'polo sociale' senza preoccuparsi di indicarne i nessi con il 'polo statale': l'alternativa al 'monismo' è l'analisi di una pluralità direttamente influente sulla configurazione dell'ordinamento.

Avvenuto il passaggio dal totalitarismo alla democrazia, è anche un'altra versione del 'monismo' che Mortati respinge: la versione 'rousseauviana', o più precisamente, l'idea di quel *dèmos* che il Rousseau di Schmitt voleva unitario, omogeneo e compatto

---

<sup>(86)</sup> MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 76. Si leggano in proposito le limpide e convincenti analisi di M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia, P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 160-61. Cfr. anche S. BONFIGLIO, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della costituzione in senso materiale*, in « Nomos », 3 (2017), pp. 1-21.

<sup>(87)</sup> Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1962<sup>6</sup>, p. 736.

(proprio il *dèmos* che Fraenkel rifiutava in nome del ‘pluralismo’). Anche per Mortati il popolo della democrazia deve essere inteso facendo leva sull’immagine di una società caratterizzata dalla pluralità delle sue componenti. Il popolo sovrano non è un soggetto indifferenziato, ma è una realtà intrinsecamente plurale e proprio per questo nella democrazia costituzionale la formazione della « volontà comune » non può nascere che da una qualche composizione di « orientamenti contrastanti ». Il che però impone (per Mortati come per Fraenkel) che, al di là del conflitto, esista un « accordo sostanziale » « intorno a certi principi fondamentali »<sup>(88)</sup>. Certo, per Mortati (e anche per Fraenkel) l’evidenziazione della pluralità dei gruppi e delle forze sociali è non il punto di arrivo, ma il punto di partenza di un’analisi, che proprio attraverso la ricognizione della dinamica degli interessi e dei conflitti, intende dar conto della complessiva unitarietà del suo ordinamento: ma è per l’appunto questo l’obiettivo cui aspira la teoria ‘pluralistica’ nella cornice delle democrazie costituzionali novecentesche.

Giunto alla sua piena maturità e alla sua ‘riflessiva’ consapevolezza a partire dagli esordi del Novecento, il ‘pluralismo’ politico-giuridico si irradia in varie direzioni: assume una dimensione strettamente giuridica (come nell’istituzionalismo romaniano) oppure politologica (come nella scienza politica americana), ma anche rifluisce nella composita esperienza di un nuovo costituzionalismo, prima nella repubblica weimariana e poi nell’Europa occidentale del secondo dopoguerra. Resta decisivo, per qualsiasi declinazione del ‘pluralismo’, il riferimento al gruppo sociale. Nella cornice delle democrazie costituzionali, tuttavia, la valorizzazione della pluralità dei gruppi acquisisce un’inedita rilevanza. È in un siffatto ambiente che il ‘pluralismo’ vede moltiplicare le sue occorrenze nel discorso pubblico: venendo diffusamente impiegato per sottolineare la legittima compresenza, nel medesimo spazio pubblico, non solo di opinioni individuali<sup>(89)</sup>, ma anche di formazioni sociali e politiche diverse e potenzialmente o attualmente confliggenti.

---

<sup>(88)</sup> *Ibidem*. Cfr. le importanti considerazioni di P. RIDOLA, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 259-300.

<sup>(89)</sup> È in questo contesto che occorre collocare la nota analisi che Isaiah Berlin dedica alle diverse declinazioni della libertà (I. BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford,

## 6. Il 'pluralismo coloniale'.

La costruzione di una teoria 'pluralistica' è un lungo processo: possiamo intravederne alcune lontane premesse nella *Politica* althusiana, seguirne lo sviluppo, nel corso dell'Ottocento, nei tentativi di resistenza al dominante paradigma statualistico e assistere infine alla sua messa a punto nella cultura politico-giuridica novecentesca.

È a questo processo che si riferisce la 'mappa' finora delineata. In essa però risalta una vistosa assenza; l'assenza di un riferimento a un'esperienza capitale della modernità: l'esperienza della 'colonizzazione'. Al contrario, è proprio a uno dei macroscopici effetti della colonizzazione che fa abitualmente riferimento la nutrita letteratura che, a partire dalle ultime decadi del Novecento, si è soffermata, da varie angolature, sul 'pluralismo': la formazione, nelle più diverse zone del mondo, di un'impressionante interconnessione di ordinamenti, di sistemi normativi, di culture. In questa prospettiva, ha ottenuto una giustificata risonanza un libro pubblicato da Michael Barry Hooker nel 1975: un libro che ha come titolo per l'appunto '*Legal pluralism*', si presenta come un'introduzione al diritto coloniale e neocoloniale<sup>(90)</sup> e si sostanzia in una ricca e variegata ricostruzione di contesti sociopolitici caratterizzati dall'intreccio fra sistemi normativi diversi.

Convieni però riproporre, anche in questo caso, quanto già venivo osservando a proposito del 'pluralismo' medievale: per chi condivide la distinzione categoriale fra la 'pluralità' (dell'esperienza) e il 'pluralismo' (come teoria), la semplice rilevazione del fenomeno

---

Oxford University Press, 1969): « in Berlin's view, positive and negative liberty were underpinned by two particular visions, *Weltanschauungen* — respectively — monism and pluralism. [...] Whereas pluralism — according to Berlin — was that kind of philosophical, ethical, political vision recognizing the complexity (and plurality) of life in terms of values, goals, ideas, aspirations, monism [...] referred to the opposite concept, resulting in a vision which seemed to reduce human life in all its aspects to a single model, a single idea or principle (theoretical, political, ethical), supposed to be the quintessential of truth » (S. LAGI, A. CATANZARO, *Preface. Monisms and Pluralisms in the History of Political and Social Models*, in *Monisms and Pluralisms in the History of Political and Social Models*, A. Catanzaro, F. Falchi, S. Lagi (eds.), Roma, Edizioni Epoké, 2018, p. 14).

<sup>(90)</sup> M.B. HOOKER, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial ad Neo-colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

della pluralità, la constatazione della connessione o della sovrapposizione di sistemi giuridici (e di culture) provocate dall'impressionante esperienza della 'colonizzazione' non dice ancora nulla su un paradigma 'pluralistico' in ipotesi innescato dalla colonizzazione stessa. Per poter parlare di un 'pluralismo' coloniale occorre interrogare il 'discorso della colonizzazione' e rintracciare in esso strategie retoriche disposte a valorizzare la 'molteplicità' oltre (o contro) l'enfatizzazione del ruolo determinante del 'centro'.

Nell'impossibilità di addentrarsi nel dedalo della colonizzazione, mi limiterò a richiamare l'attenzione su alcuni passaggi del 'discorso coloniale' che appaiano rilevanti per la 'mappa' tematica che sto delineando. Questi passaggi mi sembrano collegati a due questioni decisive: quale sia il fondamento di legittimità dell'espansione coloniale, quali siano le migliori strategie di governo delle aree colonizzate. Conosciamo (già dalle pagine schmittiane del *Nomos der Erde*) la principale risposta alla prima domanda: il diritto-dovere, in epoche più antiche, della 'cristianizzazione' degli infedeli, e, successivamente, della 'civiltà' dei barbari. In realtà, le due strategie argomentative non tanto si susseguono secondo un rigido rapporto di 'prima' e 'dopo', quanto si intrecciano e si sorreggono a vicenda, anche se il loro 'dosaggio' e soprattutto la loro formulazione mutano sensibilmente nel tempo: non scompare, nell'Ottocento, il richiamo alla 'cristianizzazione', anche se la 'civiltà' diviene la vera parola-chiave del discorso coloniale.

Il successo di questa parola non è fortuito, ma è favorito da una visione della storia largamente diffusa nella cultura ottocentesca (pur se espressa secondo 'idiomi' filosofici e schemi teorici diversi e spesso incompatibili). Per i molteplici 'storicismi' ottocenteschi la realtà umana è 'storia' (ed è nella storia che affondano le radici concetti di primaria importanza quali 'nazione' e 'Stato'). La realtà umana deve essere intesa come un processo continuo e inarrestabile, che non procede a caso, ma ha un *tèlos* immanente e una precisa direzione: è un movimento che avanza dal semplice al complesso, dalla barbarie alla civiltà, dall'arcaico al moderno.

La storia universale traccia una linea ascendente, 'progredisce' muovendo dalle tenebre alla luce, ma il ritmo di questo processo non è stato e non è uniforme: rapido e impetuoso in Occidente, appare bloccato in alcune civiltà 'stazionarie' (quali la civiltà cinese) e deve

ancora iniziare nelle tante aree ‘selvagge’ del pianeta. È solo in Occidente che la società è, al contempo, complessa, civile e ‘moderna’ ed è solo in Occidente che può svilupparsi lo Stato e trovare nella nazione la propria sostanza etico-storica. È in questo (ormai notissimo) orizzonte che si iscrive il ‘discorso coloniale’ trovando in esso la sua principale legittimazione.

Il ‘discorso della colonizzazione’ si sviluppa lungo due direttrici connesse e irrinunciabili: da un lato, presuppone (e rafforza) l’immagine di una sovranità che trova nella guerra e nell’espansione economica e militare l’espressione e la conferma della sua incontenibile potenza e, dall’altro lato, attribuisce alla potenza sovrana un compito e un destino etico-storico che coincide con la diffusione di quella civiltà di cui la sovranità nazionale è un’idiomatica espressione.

Se questi sono i parametri del ‘discorso della colonizzazione’, se tutto ruota intorno alla potenza dello Stato e alla civiltà di cui esso è espressione, sembra scontato che non esistano margini per una qualche considerazione della ‘pluralità’. In realtà, il quadro è più complicato. Le complicazioni nascono innanzitutto dal concreto processo di colonizzazione, che mette a contatto i colonizzatori con realtà estremamente varie e complicate: di fronte a esse, l’ideale legittimante (la ‘civiltà’) può restare saldo, ma diviene inevitabile interrogarsi sulle modalità della sua attuazione.

Sul piano della prassi, le strategie colonizzatrici sono assai diversificate, dipendendo da numerosissime variabili, che vanno dagli interessi, dalle aspettative, dalle forze dei ‘colonizzatori’ alla configurazione (politica, socioeconomica, culturale) dei ‘colonizzati’. È però possibile utilizzare come criterio orientativo una tipologia oggi riproposta in termini generali e ‘idealtipici’: la distinzione fra ‘direct rule’ e ‘indirect rule’. « Full indirect rule defines a case in which the state integrates pre-existing institutions at all administrative levels below the central government. Full direct rule is a scheme of governance in which the colonial government creates all institutions that reach down to its subjects »<sup>(91)</sup>. In termini ancora più marcatamente ‘modellistici’, « a ‘direct’ style of rule features highly

---

<sup>(91)</sup> C. MÜLLER-CREPON, *Continuity or Change? (In)direct Rule in British and French Colonial Africa*, in « International Organization », 74 (2020), p. 710.

centralized decision making while an ‘indirect’ style of rule features a more decentralized framework in which important decision-making powers are delegated to the weaker entity»<sup>(92)</sup>. Fra gli estremi di un governo (puramente) indiretto e un governo (puramente) diretto dei territori colonizzati si allarga il ventaglio delle numerosissime ‘gradazioni’ intermedie effettivamente adottate nelle tante (e diversissime) esperienze coloniali.

Certo, resta indubbio che la colonizzazione, quale che sia la modalità di governo dei territori raccomandata e/o praticata, è comunque sospesa a una logica duramente potestativa, che esige la riconduzione di tutte le aree colonizzate (anche delle aree sottoposte al più ‘indiretto’ dei governi) a un centro sovrano<sup>(93)</sup>. È resta vero che la superiorità etico-storica della civiltà moderna-occidentale non viene messa sostanzialmente in dubbio, all’interno del ‘discorso della colonizzazione’. È però altrettanto vero che il discorso coloniale, se pure considera la colonizzazione come lo strumento di cui l’astuzia della storia si serve per raggiungere il suo scopo più alto — la fine dell’arcaica barbarie e il trionfo planetario della civiltà occidentale — al contempo deve decidere come trattare le persistenti, e spesso abissali, ‘differenze’. È nell’impostazione e nella soluzione di questo problema che si profila la possibilità di una *summa divisio*: fra

---

(92) J. GERRING, D ZIBLATT, J. VAN GORP, J. ARÉVALO, *An Institutional Theory of Direct and Indirect Rule*, in «World Politics», 63 (2011), 11, p. 377. «It is clearly relevant, for example, to the sort of ‘colonial’ or ‘imperial’ relationship that exists between highly distinct, usually noncontiguous, and asymmetric units. Here, the dominant unit (A) may be referred to as the colonial power, imperial power, core, or metropole, and the subordinate unit (B) may be referred to variously as a colony, protectorate, dominion, territory, trust, or client state» (ivi, p. 381).

(93) Né questo profilo di carattere generale muta a seconda della forma assunta (‘statal-nazionale’ o ‘imperiale’) dal centro dominante. Conviene tener presente la seguente affermazione di John Breuilly: «By empire — scrive Breuilly — I mean a state consisting of a core and one or more peripheries [...]. The core is governed by one modality of power and the peripheries by different ones ultimately located in that core. Associated with the coercive institutions of empire is usually a related system of economic exploitation and ideological power which legitimizes imperial hierarchy and subordination» (J. BREUILLY, *Modern empires and nation-states*, in «Thesis Eleven», 139 (2017), 1, p. 12). Per qualche considerazione ulteriore mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Nation-building e State-building nel ‘lungo’ Ottocento: miti identitari e strategie di dominio*, in corso di stampa presso «Forum Historiae Iuris».

strategie che esaltano il carattere unitario e unificante della colonizzazione(-civiltà) e strategie che prediligono una qualche forma di convivenza e interazione fra mondi e ordinamenti diversi.

Se, ad esempio, prendiamo in considerazione la lunga presenza britannica nel sub-continente indiano, troviamo un'istruttiva sequenza di strategie di intervento strettamente connesse con un 'discorso coloniale' che riflette sulle modalità, la legittimità e le aspettative collegate al governo di un paese lontano e diverso. Questi problemi erano rimasti a lungo relativamente marginali, dati gli interessi economici, più che politici, della Compagnia delle Indie. Già a partire dal 1726 tuttavia la *East India Company* aveva preso a istituire organi giudiziari che nelle *Presidency Towns* applicavano una combinazione di diritto inglese e di diritto locale; e, nel corso dell'Ottocento, con il graduale esautoramento dei poteri della Compagnia, la connessione fra i due mondi sarebbe divenuta sempre più rilevante.

Con il crescente coinvolgimento della Gran Bretagna nel governo dell'India non poteva non divenire centrale il problema del confronto con culture 'altre'. Già negli anni Settanta del Settecento un funzionario della Compagnia delle Indie aveva sostenuto la necessità di una campagna di 'cristianizzazione', indispensabile per la civilizzazione<sup>(94)</sup> (a riprova del persistente rapporto di complementarità fra 'cristianità' e 'civiltà'), preannunciando una tendenza che nel secolo successivo avrebbe conosciuto nuovi e importanti sviluppi. Spingevano verso un modello 'assimilazionistico' tanto lo zelo missionario del movimento 'anglicizzante' quanto lo slancio riformatore degli 'utilitaristi', a partire da James Mill (funzionario della Compagnia e autore di un'importante *History of British India*<sup>(95)</sup>), convinto della necessità di contrastare le irrazionali consuetudini e dottrine che condannavano la società indiana alla decadenza. È in questa prospettiva che William Bentinck, *Governor-General* dell'India a partire dal 1828, perora la centralità della lingua

---

<sup>(94)</sup> C. HALL, *Making colonial subjects: education in the age of Empire*, in « History of Education », 37 (2008), 6, p. 783.

<sup>(95)</sup> J. MILL, *The History of British India*, London, Baldwin, Cradock, and Joy, 1817.

e della letteratura inglese nella formazione culturale dell'élite indiana. Ed è a sostegno della politica culturale di Bentinck che il giovane Thomas Babington Macaulay (in India dal 1834) redige la sua famosa *Minute on Indian Education*.

Il punto in questione è la formazione di una classe dirigente indiana: non possiamo tentare di istruire « the body of the people », ma dobbiamo formare una classe di persone « who may be interpreters between us and the millions whom we govern; a class of persons, Indian in blood and colour, but English in taste, in opinions, in morals, and in intellect »<sup>(96)</sup>. Questo obiettivo non può essere raggiunto favorendo l'insegnamento degli antichi testi in arabo o in sanscrito, come sostenevano i cosiddetti 'orientalists'. È indubbio, per Macaulay, il dislivello qualitativo fra le culture orientali e la cultura occidentale, riscontrabile già confrontando le rispettive produzioni letterarie e abissale nei settori dove è richiesta un'analisi precisa e documentata della realtà<sup>(97)</sup>. Ed è sicura anche la superiorità della lingua inglese sul sanscrito o sull'arabo: lingue ormai secondarie, di fronte al crescente ricorso all'idioma inglese nel commercio internazionale e al suo uso in vaste zone del mondo, dall'America all'Africa, all'Oceania. La lingua inglese è chiamata, nel presente, a svolgere un ruolo analogo a quello del latino dopo il crollo dell'Impero romano<sup>(98)</sup>: operare come veicolo di una civiltà superiore, superando le angustie delle lingue vernacolari e delle culture locali.

È in questa prospettiva che Macaulay, in un suo discorso parlamentare del 1833, sostiene l'urgenza di provvedere a una profonda riforma dell'ordinamento giuridico in un paese, come l'India, afflitto da una strutturale incertezza del diritto, che richiama (di nuovo) « the state of Europe after the fall of the Roman

---

(96) TH. B. MACAULAY, *Minute of the 2nd of February 1835*, in ID., *Speeches, with his Minute on Indian Education*, Oxford, Oxford University Press, 1935, p. 359. Cfr. E.H. CUTTS, *The Background of Macaulay's Minute*, in «The American Historical Review», 58 (1953), 4, pp. 824-853.

(97) MACAULAY, *Minute*, cit., p. 349.

(98) Ivi, p. 351.

empire » (99). Certo, il pur auspicabile obiettivo di un diritto unico per l'intera India è probabilmente irraggiungibile. È però necessario una riforma che renda prevedibili, tendenzialmente certe, le sentenze dei giudici: « our principle is simply this; uniformity where you can have it: diversity where you must have it; but in all cases certainty » (100).

Macaulay dà chiara voce a una strategia colonizzatrice che affonda le radici in una visione della storia (una visione 'whig', come è stata chiamata) che avrebbe trovato una compiuta espressione nella sua *History of England* (101): una visione che vede nel presente il trionfo della libertà e della civiltà e cerca nel passato le premesse e gli stadi di uno sviluppo orientato al 'progresso'. È un'analogia visione della storia (la storia come movimento verso quella piena e creativa libertà individuale che costituisce l'espressione e il tramite di una civiltà dinamica ed espansiva) che ispira anche le considerazioni di John Stuart Mill sul governo coloniale.

Mill non ha dubbi nel sostenere che le colonie devono godere di un'ampia libertà (« the fullest measure of internal self-government ») quando esse siano « colonies of European race » (102). La situazione però è completamente diversa quando il paese colonizzato è ancora lontano dal livello di civiltà proprio del paese dominante, come è il caso dell'India. In questo caso, la colonizzazione è legittima nella misura in cui favorisca la transizione del popolo dominato « to a higher stage of improvement ». Di conseguenza, « a vigorous despotism is in itself the best mode of

---

(99) TH. B. MACAULAY, *Government of India. A Speech Delivered in The House of Commons on the 10th of July 1833*, in ID., *Miscellaneous Writings and Speeches*, vol. 4, p. 320 (<https://www.gutenberg.org/ebooks/2170>).

(100) Ivi, p. 325. Cfr. D. SKUY, *Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's Legal System in the Nineteenth Century*, in « *Modern Asian Studies* » 32 (1998), 3, pp. 513-557.

(101) TH. B. MACAULAY, *The History of England from the Accession of James II*, Philadelphia, Porter & Coates, 1848.

(102) J.S. MILL, *Considerations on Representative Government*, New York, Harper and Brothers, 1862, p. 244.

government for training the people in what is specifically wanting to render them capable of a higher civilization » (103).

Proprio nell'opera — le *Considerations on Representative Government* — che contiene una brillante demolizione del 'dispotismo' e una vibrante celebrazione della partecipazione democratica Mill inserisce (nell'ultimo capitolo) l'eccezione alla regola: come la pienezza della libertà vale per gli adulti ma non per i minori (104), così l'illegittimità del governo dispotico presuppone il pieno fiorire della civiltà e della 'modernità'. Ai popoli fermi a fasi precedenti dello sviluppo storico serve invece un 'dispotismo' (potremmo dire, un dispotismo 'illuminato' o 'pedagogico') funzionale alla loro 'civiltà-modernizzazione'.

La superiorità della civiltà occidentale-moderna, la 'civiltà-modernizzazione' come fondamento di legittimità del dominio coloniale, la riconduzione delle culture 'retrograde' o 'stazionarie' o 'arcaiche' agli standard della civiltà occidentale: sono questi i passaggi-chiave del 'discorso della colonizzazione' che trionfa in « the age of improvement » (105). Certo, dobbiamo evitare di offrirne una visione semplicistica: tanto Macaulay quanto Mill erano consapevoli delle difficoltà cui il programma di 'civiltà-modernizzazione' andava incontro e non mancavano di insistere sulla necessità di rispettare la sensibilità etico-religiosa dei popoli colonizzati (106). Restano fermi però i tratti generali della loro impostazione e bastano a far intendere come un discorso coloniale improntato alla logica della 'assimilazione' avesse un'impronta oggettivamente 'monistica'; e, potremmo dire, doppiamente 'monistica': non solo perché presupponeva la presenza dominante della potenza colonizzatrice, ma anche e soprattutto perché la civiltà-modernizzazione di cui la colonizzazione si voleva strumento impli-

---

(103) Ivi, p. 249.

(104) J.S. MILL, *On liberty*, London, W. Parker, 1859, pp. 21-22.

(105) La felice espressione è di A. BRIGGS, *The Age of Improvement, 1783-1867*, New York, Longmans, Green, 1959.

(106) Cfr. M. TUNICK, *Tolerant Imperialism: John Stuart Mill's Defense of British Rule in India*, in « The Review of Politics », 68 (2006), pp. 1-26; V. GROLIOS, *Philosophy of History and Philosophical Anthropology in J.S. Mill's Views on Colonialism*, in « Journal of Political Ideologies », 19 (2014), 2, pp. 187-207; D. WILLIAMS, *John Stuart Mill and the practice of colonial rule in India*, in « Journal of International Political Theory », 2020, pp. 1-17.

cava la *reductio ad unum* (almeno incoativa e finale) delle culture e degli ordinamenti ‘altri’.

Se il modello ‘assimilazionistico’ occupasse il discorso coloniale nella sua interezza, sarebbe difficile immaginare la possibilità di una sua declinazione ‘anti-monistica’, ‘pluralistica’. In effetti, queste possibilità si aprono proprio nella misura in cui l’ottimismo riformatore e modernizzatore perde gradualmente il suo smalto, tanto da rendere possibili rappresentazioni diverse dell’‘alterità’ coloniale. È ancora la colonizzazione inglese in India a offrire indicazioni esemplari, soprattutto a partire dall’evento traumatico della Rivolta del 1857, che, da un lato, conduce all’abolizione della *East India Company* e all’assunzione piena e formale del governo dell’India da parte della Corona, ma, dall’altro lato, suona come una dichiarazione di fallimento della strategia di civilizzazione-assimilazione che era riuscita ad avere la meglio, nel discorso coloniale della prima metà del secolo, sulle tesi dei cosiddetti ‘orientalists’.

Karuna Mantena ha avuto di recente il merito di richiamare l’attenzione su questo punto di svolta, che trova un’espressione significativa nell’opera di Henry Sumner Maine<sup>(107)</sup>. Esce nel 1861 la sua opera più celebre, destinata a un rapido e duraturo successo: *Ancient Law*<sup>(108)</sup>. Scarsamente interessato alle geometrie concettuali benthamiane e austiniane e sensibile alla dimensione storico-evolutiva caratteristica della cultura vittoriana, Maine si sofferma sull’analisi storico-giuridica (e socio-antropologica) delle antiche società indoeuropee (dalla Grecia a Roma, all’India) per cogliere tanto le loro caratteristiche strutturali quanto la direzione di uno sviluppo storico che giunge sino al presente. Ricorre in Maine la celebre distinzione (che anche Spencer utilizzerà largamente) fra le

---

(107) K. MANTENA, *Alibis of Empire. Henry Maine and the End of Liberal Imperialism*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

(108) H. SUMNER MAINE, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and its relation to Modern Ideas*, London, John Murray, 1861. Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Sir Henry Maine e l’Ancient law*, in « Quaderni fiorentini », 10 (1981), pp. 83-147; A. CASSANI, *Diritto, antropologia e storia. Studi su Henry Sumner Maine*, Bologna, Clueb, 2002; M. PICCININI, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano, Giuffrè, 2003; M. GOETZMANN, *Le juriste-anthropologue du British Raj: Sir Henry Sumner Maine et son œuvre*, in « Bérose — Encyclopédie internationale des histoires de l’anthropologie », 2020 (<https://www.berose.fr/article2026.html?lang=fr>).

società ‘stazionarie’ e le società ‘progressive’: se nelle prime l’elemento centrale e coesivo è la famiglia patriarcale e l’individuo è definito dall’insieme delle relazioni che lo tengono avvinto alla comunità e gli assegnano un preciso ‘status’, nelle seconde emergono il protagonismo del singolo e la sua indipendenza, limitata soltanto da vincoli contrattuali liberamente prescelti. È appunto il passaggio dallo *status* al contratto la direttrice lungo la quale ricostruire il movimento storico <sup>(109)</sup>.

Di questo passaggio Maine sottolinea la problematicità e l’eccezionalità: « the stationary condition of the human race is the rule, the progressive the exception » <sup>(110)</sup>. È il progresso la direzione di senso dello sviluppo storico, ma l’interesse di Maine va alla condizione ‘originaria’ e ‘stazionaria’ dell’umanità: una condizione remota, per l’Europa, ma vicina nel tempo (anche se lontana nello spazio) quando si faccia riferimento all’India, dove Maine ritrova il nucleo delle società ‘stazionarie’ — la famiglia patriarcale e la struttura degli ‘status’ — e ne registra l’espansione nella comunità di villaggio <sup>(111)</sup>. La comunità di villaggio è per Maine uno snodo essenziale della società indiana: una formazione « of immense antiquity » <sup>(112)</sup>, resistente alle conquiste e alle rivoluzioni, tanto che « the most beneficent systems of government in India have always been those which have recognised it as the basis of administration » <sup>(113)</sup>.

Non a caso, dieci anni dopo la pubblicazione di *Ancient Law* (e dopo sette anni trascorsi in India come membro del Consiglio supremo del governatore delle Indie) Maine dedica riflessioni importanti proprio alla comunità di villaggio lanciando un grido di allarme: la società indiana, nella sua ‘pura’ conformazione ‘tradizionale’, ‘originaria’ « is undoubtedly passing away »; « India itself is

---

<sup>(109)</sup> « We may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract » (SUMNER MAINE, *Ancient Law*, cit., p. 170).

<sup>(110)</sup> Ivi, p. 24.

<sup>(111)</sup> « The Family in India has a perpetual tendency to expand into the Village Community » (ivi, p. 228).

<sup>(112)</sup> Ivi, p. 260.

<sup>(113)</sup> Ivi, p. 261.

gradually losing everything which is characteristic of it » (114). E questa trasformazione è imputabile non tanto (o non soltanto) alle dottrine utilitaristiche e ai progetti di ‘occidentalizzazione’ dell’India, quanto alla dominazione inglese come tale: « it is by its indirect and for the most part unintended influence that the British power metamorphoses and dissolves the ideas and social forms underneath it » (115).

Per Maine, le antiche forme sociali godevano di una loro precisa ‘legittimità’ storica. Dalla sua riflessione emerge « the idea of traditional society, of native society as an integrated social whole whose basis, while diametrically opposed to modern (Western) societies, was recognized to have a logic and rationale of its own » (116). Nasce da questo assunto la possibilità di sviluppare un discorso coloniale ‘anti-assimilazionistico’: un discorso che da Alfred Lyall, che raccoglie in India l’eredità intellettuale di Maine, giunge fino a Lugard e alla teorizzazione (in qualche modo conclusiva) dell’‘indirect rule’. In questa prospettiva, la rivolta del 1857 sancisce il fallimento della ‘modernizzazione’ e ne mostra gli effetti destabilizzanti, conflittuali e potenzialmente incompatibili con il governo del paese. La colonizzazione continua a essere, se si vuole, il ‘fardello dell’uomo bianco’, un compito storico cui l’Europa non può sottrarsi: questo compito però consiste non già nella programmatica modernizzazione delle società ‘stazionarie’, ma nella salvaguardia della loro specificità, nella conservazione dei loro ordinamenti. Cambia il fondamento di legittimità della colonizzazione e cambia la strategia di governo, che privilegia la cooperazione fra la potenza occupante e le autorità ‘indigene’.

Da un lato, la riconduzione delle società arcaiche a un unico e unitario modello di ‘civiltà’; dall’altro lato, l’enfatizzazione delle differenze, la rappresentazione di un’alterità storico-culturale che non poteva essere travolta senza provocare incontrollabili effetti

---

(114) H. SUMNER MAINE, *Village-Communities in the East and West*, London, John Murray, 1871, p. 24.

(115) Ivi, pp. 27-28.

(116) MANTENA, *Alibis of Empire*, cit., p. 150. Cfr. anche F. FOKS, *Bronislaw Malinowski, ‘Indirect Rule’, and the Colonial Politics of Functionalist Anthropology, ca. 1925-1940*, in « Comparative Studies in Society and History », 60 (2018), 1, pp. 33-57.

destabilizzanti: è in questa forbice che si situa la possibilità di una declinazione ‘pluralistica’ del discorso coloniale. A renderlo possibile è una sorta di ‘*anthropological turn*’ che richiama l’attenzione sullo spessore, la coerenza e l’autonoma consistenza delle società ‘tradizionali’ (o ‘stazionarie’) e rende possibile un mutamento di prospettiva e di strategia.

Certo, conviene tener presente che la valorizzazione ‘pluralistica’ delle culture ‘altre’ presuppone l’orizzonte della colonizzazione e si rende storicamente comprensibile solo in quanto collegata alla logica e alla politica dell’espansione coloniale. Il legame strutturale del ‘discorso coloniale’ con le strategie e con le pratiche della colonizzazione non può essere dimenticato o ridotto a mero antecedente, ma incide sulla sua configurazione: la condizione di pensabilità del ‘discorso coloniale’ è il riferimento a un potere dominante alla cui orbita occorre in qualche modo ricondurre la molteplicità delle forme politico-sociali dominate<sup>(117)</sup>. È questo lo spazio politico e argomentativo entro il quale tanto il ‘monismo’ assimilazionistico quanto la valorizzazione ‘pluralistica’ della debordante molteplicità delle culture si muovono, senza poterne varcare i confini.

Innescato sul tronco del ‘discorso coloniale’, il paradigma ‘pluralistico’ deve essere analizzato come una sua variante, anche se è indubbio che la declinazione ‘pluralistica’ del discorso coloniale — potremmo parlare, per amore di brevità, di ‘pluralismo coloniale’ — dia luogo a un ventaglio di posizioni molto ampio.

A un suo estremo possiamo collocare la teoria lugardiana dell’‘*indirect rule*’. Frederick Lugard, quando esponeva, nel 1922, la sua strategia colonizzatrice<sup>(118)</sup>, muoveva, certo, dal riconoscimento della molteplicità delle culture africane e della loro lontananza dagli standard occidentali, ma perseguiva un obiettivo preciso e concreto: individuare la più efficace politica di governo delle colonie. Era funzionale a questo scopo l’invito a rispettare il principio della

---

(117) Come osserva Lauren Benton, gli ordinamenti indigeni vengono comunemente assunti come un momento interno a un sistema imperniato sulla potenza dominante (L. BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, New York, Cambridge University Press, 2002, pp. 164-5).

(118) F.D. LUGARD, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, Edinburgh-London, Blackwood, 1922.

« decentralisation »<sup>(119)</sup> e a valorizzare le regole, le tradizioni, i pregiudizi delle comunità governate<sup>(120)</sup>. Proprio queste comunità infatti, assunte in tutta la loro ‘arcaica’ organizzazione e stratificazione socio-politica, si prestavano a funzionare come gli ingranaggi di un complesso e delicato apparato di potere: i « native chiefs » divenivano « an integral part of the machinery of the administration », mentre al suo vertice il governatore esercitava incisivi poteri (dall’esazione fiscale al comando delle operazioni militari, al « right to legislate », alla requisizione delle terre per pubblica utilità<sup>(121)</sup>).

Nell'*indirect rule* lugardiano l’opzione ‘pluralistica’ prosperava all’ombra di una strategia colonizzatrice che, se pure non aveva esplicitamente rifiutato la ‘civilizzazione’ come meta finale, la metteva in parentesi nella concreta orchestrazione del governo coloniale. È appunto a un’efficace gestione del dominio che è finalizzato il ‘pluralismo’ di Lugard. Non sembra cionondimeno improprio parlare di ‘pluralismo’: nel senso che il ‘discorso coloniale’, costretto a confrontarsi con la pluralità (delle culture, degli ordinamenti), non ne decreta l’irrelevanza e la (etico-storica) ‘illegittimità’, ma la assume come componente dell’ordine complessivo (che in questo caso è ovviamente l’ordine gerarchico e diseguale stretto intorno al potere coloniale).

All’estremo opposto, fra le tante variazioni di cui dà prova il ‘pluralismo coloniale’, possiamo collocare il contributo di Cornelis van Vollenhoven. La colonizzazione olandese delle Indie Orientali aveva avuto sempre un carattere ‘dualistico’ e aveva trovato una precisa regolamentazione nel *Regeringsreglement* del 1854: la disciplina giuridica dei coloni (e degli altri Europei) doveva essere uno specchio il più possibile fedele dell’ordinamento vigente nei Paesi Bassi, mentre per i ‘nativi’ continuavano a valere le tradizioni e le

---

<sup>(119)</sup> Ivi, p. 96.

<sup>(120)</sup> Il principio cardinale della « British policy in dealing with native races » è adottare un metodo di governo che sia « deep-rooted in their traditions and prejudices » (ivi, p. 211).

<sup>(121)</sup> Ivi, pp. 205-206. Mahmood Mamdani vede nell’*indirect rule* la più compiuta espressione del potere coloniale (M. MAMDANI, *Historicizing Power and Responses to Power: Indirect Rule and its Reform*, in « Social Research », 66 (1999), 3, pp. 859-886).

consuetudini locali (la *adat law*, come si prende a dire alla fine dell'Ottocento) <sup>(122)</sup>.

Fra Otto e Novecento, tuttavia, il tradizionale 'separatismo' viene messo in questione perché le parole-chiave che attraversano l'intero 'discorso coloniale' ottocentesco — la 'cristianizzazione' e la 'civilizzazione' dei popoli colonizzati — investono anche la politica coloniale olandese. La vicenda anglo-indiana era un precedente: il programma di 'civilizzazione' (e di 'anglicizzazione') aveva avuto la meglio sulle prospettive dei cosiddetti 'orientalists' e nel 1860 e nel 1861 erano stati varati il codice penale e il codice di procedura penale. Si apre un intenso dibattito (nel parlamento e nell'opinione pubblica) entro il quale è possibile rintracciare una contrapposizione caratteristica del 'discorso coloniale': la contrapposizione fra i sostenitori della necessità di superare le differenze culturali, considerate come ostacoli a una modernizzazione-occidentalizzazione indispensabile, se non altro, per garantire la 'certezza del diritto', e i difensori del valore, della ricchezza socio-antropologica e dell'efficacia disciplinante delle culture e degli ordinamenti 'tradizionali'.

È a sostegno di quest'ultima tesi che Vollenhoven impiega tutte le sue energie, dedicandosi a un'inesausta attività di riscoperta e di valorizzazione dell'*Adat law*, di quel complesso assetto etico, giuridico e religioso che costituiva, con numerose varianti (Vollenhoven parla di diciannove aree), il tessuto connettivo delle società indonesiane: una realtà vivente, un diritto capace di cambiare nel tempo (tanto da rendere problematica una sua redazione scritta).

L'obiettivo di Vollenhoven è preservare forme socio-giuridiche antiche e ancora vitali dalla dissoluzione cui un pesante intervento di 'modernizzazione' le condannerebbe e il raggiungimento di questo scopo passa attraverso un'opzione 'pluralistica', che scommette sulla possibilità dell'interazione fra mondi socio-antropologici radicalmente diversi <sup>(123)</sup>. Per dirla in modo semplice: se è per favorire

---

<sup>(122)</sup> C. FASSEUR, *Colonial dilemma: Van Vollenhoven and the struggle between Adat Law and Western law in Indonesia*, in *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous Law in 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup>-Century Africa and Asia*, W.J. Mommsen, J.A. De Moor (eds.), Oxford-New York, Bert, 1992, pp. 237-56.

<sup>(123)</sup> È quanto sostengono E. Adamson Hoebel e A. Arthur Schiller nel presentare al pubblico anglosassone l'opera dedicata all'*Adat law* da Barendt ter Haar,

l'efficienza e la stabilità del governo coloniale che Luder vuole preservare le società 'arcaiche', van Vollenhoven respinge una visione e un'organizzazione 'monistica', forzosamente 'unitaria', della colonizzazione perché incompatibile con la sopravvivenza di quelle culture 'altre', la cui difesa è l'obiettivo primario della sua inesausta attività intellettuale e politica.

Posto di fronte alla sfida della pluralità, il discorso coloniale, dunque, pur se stretto intorno al mito legittimante della 'civilizzazione', non offre soluzioni univocamente 'monistiche': valgano gli 'esempi' dell'India britannica e dell'Indonesia olandese, dove si segnalano strategie che possono dirsi 'pluralistiche' in quanto orientate non tanto alla rapida trasformazione delle società 'arcaiche' quanto alla loro conservazione, in un rapporto di connessione (-subordinazione) con l'ordinamento della potenza colonizzatrice.

Certo, il 'pluralismo coloniale' trova difficoltà ad affermarsi tanto maggiori quanto più forti sono i nessi instaurati fra la 'colonizzazione' e la 'civilizzazione'. È eloquente il caso della Francia, dove era indispensabile fare i conti con il messaggio universalistico della rivoluzione del 1789 e la via più breve per rendere compatibile l'egualitarismo rivoluzionario con l'espansionismo dello Stato: la nazione era presentare la conquista coloniale come lo strumento indispensabile per donare ai conquistati la libertà, l'eguaglianza e i diritti<sup>(124)</sup>.

Proprio in ragione dell'incidenza dell'ideologia 'assimilazionistica' sul discorso coloniale francese, la trattatistica di diritto colo-

---

un allievo di van Vollenhoven (E.A. HOEBEL, A.A. SCHILLER, *Introduction*, in B. TER HAAR, *Adat Law in Indonesia*, New York, International Secretariat, Institute of Pacific Relations, 1948, pp. 1-43). Sull'*Adat law* e sul ruolo di Cornelis van Vollenhoven cfr. *The Revival of Tradition in Indonesian Politics. The deployment of adat from colonialism to indigenism*, J.S. Davidson, D. Henley (eds.), London-New York, Routledge, 2007; F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, *Myths and stereotypes about adat law. A reassessment of Van Vollenhoven in the light of current struggles over adat law in Indonesia*, in « *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde* », 167, 2-3 (2011), pp. 167-195.

<sup>(124)</sup> Non sono mancati, nel corso della colonizzazione ottocentesca, episodi di trasformazione dei nuovi 'sudditi' in 'cittadini' *pleno iure*. Cfr. A. GIROLLET, *La politique coloniale de la IIe République. Un assimilationnisme modéré*, in « *Revue française d'histoire d'outremer* », 85 (1998), 320, pp. 71-83.

niale tardo-ottocentesca insiste sull'esistenza di due modelli di colonizzazione: il modello caratterizzato dal principio dell'«assimilazione» (l'attrazione dei paesi colonizzati nell'orbita politico-giuridica della nazione «colonizzatrice») era riferito alla Francia, il modello fondato sul principio dell'«autonomia» (il principio di non ingerenza nell'organizzazione socio-giuridica del paese colonizzato) era presentato come tipico della colonizzazione britannica, mentre una terza via, il mero «assoggettamento» (la brutale sottomissione del paese occupato ad esclusivo vantaggio della potenza occupante) veniva caritatevolmente relegato a una fase più lontana della colonizzazione, antecedente alle rivoluzioni di fine Settecento <sup>(125)</sup>.

In realtà, anche in Francia la dimensione dell'*indigénat*, il mantenimento delle differenze fra le popolazioni native e i colonizzatori <sup>(126)</sup>, è un profilo importante nel concreto governo delle colonie e si riflette nel riconoscimento della necessità di fare comune i conti con le radicali e persistenti differenze che separavano l'Occidente dalle culture «altre» <sup>(127)</sup>.

La colonizzazione, insomma, pur nell'enorme varietà delle sue manifestazioni, è dovunque e sempre costretta a fare i conti con l'esperienza della pluralità. Certo, la logica potestativa dalla quale il

<sup>(125)</sup> Cfr. A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Sirey, 1907<sup>3</sup>. Cfr. S. EL MECHAT, *Sur les principes de colonisation d'Arthur Girault (1895)*, in «Revue historique», 657 (2011), 1, pp. 119-144.

<sup>(126)</sup> Cfr. P. PETITJEAN, *Science and the 'Civilizing Mission': France and the Colonial Enterprise*, in *Science Across the European Empires — 1800-1950*, B. Stutchev (ed.), Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, pp. 107-128; E. SAADA, *Entre «assimilation» et «décivilisation»: l'imitation et le Projet colonial républicain*, in «Terrain. Anthropologie & sciences humaines», 44 (2005) (*Imitation et Anthropologie*), pp. 1-16; M. COTTIAS, *Esclavage, assimilation et dépendance. Essai sur une relation coloniale*, in «Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques. Archives», 40 (2007) (*Dépendance(s)*), pp. 1-16; D. COSTANTINI, *Mission civilisatrice. Le Rôle de l'histoire coloniale dans la construction de l'identité politique française*, Paris, Éditions la Découverte, 2008; O. LE COUR GRANDMAISON, *La République impériale. Politique et racisme d'État*, Paris, Fayard, 2009; ID., *De l'indigénat. Anatomie d'un 'monstre' juridique: le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Paris, Zone, 2010; I. MERLE, A. MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français. Pratiques en Nouvelle Calédonie*, Paris, CNRS Éditions, 2019.

<sup>(127)</sup> Cfr. ad esempio P. GIRAN, *De l'éducation des races. Étude de sociologie coloniale*, Paris, Challamel, 1913, p. 130 e ss.; G. HARDY, *Histoire de la colonisation française*, Paris, Librairie Larose, 1928, p. 316 e ss.

‘discorso coloniale’ dipende e il suo mito di fondazione (l’eccezionalismo della civiltà occidentale e la sua supremazia etico-storica) concorrono nel sospingerlo verso una risposta ‘monistica’ alla sfida della molteplicità. Fino a che punto però la riduzione delle differenze fra dominanti e dominati è possibile senza provocare la dissoluzione dei legami sociali e il collasso dell’ordine? Fino a che punto è compatibile con il mantenimento del fossato che non può non separare i colonizzatori dai colonizzati? Di fronte a problemi di questa portata, direttamente influenti sulla concreta gestione del governo coloniale, la soluzione ‘monistica’ — la delegittimazione delle differenze alla luce abbagliante della civiltà moderna-occidentale — non è né facile né scontata e si fa strada una soluzione diversa, imperniata non sull’azzeramento delle differenze, ma sul loro riconoscimento. In questo caso, la ‘civilizzazione’ può pure continuare a svolgere la sua funzione legittimante, a patto però di essere intesa non come l’asse portante, ma soltanto come l’obiettivo finale e asintotico di una colonizzazione che trova il suo punto di equilibrio nell’orchestrazione della pluralità.

All’interno del discorso coloniale emerge la possibilità di un approccio ‘pluralistico’ che, da un lato, offre una solida base al modello dell’*indirect rule* raccomandando la convivenza (e una qualche sinergia) fra culture e ordinamenti diversi entro l’impianto gerarchicamente strutturato del dominio coloniale, e, dall’altro lato, stimola l’attenzione nei confronti delle società ‘arcaiche’, ‘stazionarie’, estranee agli standard della civiltà occidentale. Possiamo quindi parlare di ‘pluralismo coloniale’ (di una declinazione ‘pluralistica’ del discorso coloniale), a patto di impiegare il termine ‘pluralismo’ come un’espressione metalinguistica che permetta di mettere a fuoco l’esistenza, entro il ‘discorso coloniale’, di una visione dell’ordine fondata sulla compresenza e sulla correlazione di realtà plurali.

#### 7. *Il ‘pluralismo’ fra antropologia e sociologia giuridica.*

Ciò che ha reso possibile una declinazione pluralistica del ‘discorso coloniale’ è stata la messa a fuoco delle ‘società stazionarie’. Non erano mutate le coordinate generali del discorso coloniale. Restavano ferme l’idea dell’eccezionalismo dell’Occidente e la convinzione che esistesse una gerarchia qualitativa fra le civiltà superiori

e progressive (moderne, occidentali) e le società inferiori e (variamente) stazionarie (tutte le società ‘altre’, non riconducibili al modello moderno-occidentale). Al contempo, tuttavia, il trionfo planetario della civilizzazione ‘moderna’ era relegato in un lontano e indeterminato futuro e per converso le tante società ‘stazionarie’ ancora esistenti acquisivano una maggiore ‘legittimità’ e visibilità.

Si è parlato a questo proposito, non per caso, di un ‘*anthropological turn*’: è infatti in questo contesto che viene sviluppandosi un nuovo sapere specialistico — l’antropologia — che intende prendere sul serio, fino in fondo, la ‘legittimità’ delle società ‘altre’, sottrarle al cono d’ombra che le riduceva a un ‘negativo’ — a qualcosa che non era ancora, ma sarebbe potuto divenire — e coglierne la ‘positiva’ e attuale conformazione. Connessa geneticamente con il ‘pluralismo coloniale’, l’antropologia trova però in esso non soltanto un incentivo, ma anche un ostacolo, dal momento che l’‘*anthropological turn*’ non aveva cancellato ciò che è stato chiamato il ‘*legal primitivism*’ e la filosofia della storia da cui dipende: l’idea che le società ‘arcaiche’ fossero tendenzialmente immobili, compatte e omogenee, dominate da ‘pregiudizi’ irrazionali e da rigide consuetudini <sup>(128)</sup>.

È determinante la svolta impressa alla giovane disciplina da Franz Boas, non a caso considerato uno dei ‘padri fondatori’ dell’antropologia <sup>(129)</sup>. Boas, da un lato, contesta la riconduzione delle

---

<sup>(128)</sup> S. WILF, *The Invention of Legal Primitivism*, in « Theoretical Inquiries in Law », 10 (2009), 2, pp. 485-510. È aperto e dibattuto il problema del rapporto fra la nuova disciplina e il discorso coloniale otto-novecentesco. Si vedano, per due rassegne esaustive, P. PEELS, *The Anthropology of Colonialism. Culture. History and the Emergence of Western Governmentality*, in « Annual Review of Anthropology », 26 (1997), pp. 163-83; R. MALIGHETTI, *Post-colonialismo e post-sviluppo: l’attualità dell’antropologia coloniale*, in « Antropologia », 2 (2002), pp. 91-114. Una sintesi efficace della storia dell’antropologia giuridica e del suo contributo alla teoria ‘pluralistica’ in N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988. Si veda l’interessante contributo di A. FEBBRAJO, *Antropologia giuridica e sociologia del diritto*, in « Sociologia del diritto », 35 (2008), 1, pp. 26-45.

<sup>(129)</sup> Cfr. ad esempio *The Franz Boas Papers, Volume 1: Franz Boas as Public Intellectual — Theory, Ethnography, Activism*, R. Darnell et al. (eds.), Lincoln-London, University of Nebraska Press, 2015. « He professionalized anthropology in the United States and trained an entire generation of anthropologists [...]. He was in dialogue and collaboration with many intellectual leaders of the early twentieth century, including

specificità socioculturali a soggiacenti ('naturali' e insormontabili) differenze 'razziali' <sup>(130)</sup> e, dall'altro lato, respinge lo schema 'evoluzionistico' che era stato il vero e proprio orizzonte di senso del 'discorso coloniale': lo schema che permetteva di collocare le società umane lungo una linea di sviluppo 'progressivo' e rendeva possibile di conseguenza la differenziazione qualitativa, la 'gerarchizzazione' delle rispettive culture <sup>(131)</sup>. Cade quindi l'ostacolo principale a cogliere l'intrinseca 'legittimità' di una determinata realtà socioculturale: che non deve essere intesa come momento di uno sviluppo che la spinge inesorabilmente oltre se stessa, ma deve essere ricostruita nella sua specifica struttura e nella sua complessiva configurazione <sup>(132)</sup>.

È in questa prospettiva che si muove Bronislaw Malinowski con il suo famoso lavoro sugli abitanti delle isole Trobriand <sup>(133)</sup>: un lavoro 'sul campo', che è stato salutato come la vera e propria inaugurazione dell'antropologia giuridica <sup>(134)</sup>. Nella Prefazione, l'autore sembra ancora partecipe delle preoccupazioni tipiche del discorso coloniale otto-novecentesco, affermando che lo studio della « vita primitiva », minacciata dalla 'civilizzazione', risponde anche a necessità pratiche e « can help the white man to govern, exploit, and 'improve' the native with less pernicious results to the latter » <sup>(135)</sup>, ma in realtà la ricerca, nella sua concreta orchestrazione, è ormai

W.E.B. Du Bois and John Dewey, and he died in the arms of Claude Lévi-Strauss » (H. SWYERS, *Rediscovering Papa Franz. Teaching Anthropology and modern life*, in « Hau: Journal of Ethnographic Theory », 6 (2016), 2, p. 216).

<sup>(130)</sup> F. BOAS, *The Mind of Primitive Man*, New York, Macmillan, 1916.

<sup>(131)</sup> Cfr. A. KUPER, *The Invention of Primitive Society. Transformations of an Illusion*, London-New York, Routledge, 1988, p. 125 e ss.

<sup>(132)</sup> Cade la riconduzione delle 'differenze' socioculturali « into stages of the growth of civilization » e « within the space of a generation, this kind of theorizing disappeared and was replaced by intensive, local investigations — what we now call ethnography and cultural anthropology » (M. RISJORD, *Scientific Change as Political Action. Franz Boas and the Anthropology of Race*, in « Philosophy of the Social Sciences », 37 (2007), 1, p. 30).

<sup>(133)</sup> B. MALINOWSKI, *Crime and Custom in Savage Society*, New York, Brace & Company, 1926.

<sup>(134)</sup> F. REMOTTI, *Temi di antropologia giuridica*, Torino, Giappichelli, 1982, p. 30.

<sup>(135)</sup> MALINOWSKI, *Crime and Custom*, cit., p. XI.

lontana dal ‘pluralismo coloniale’ e dai suoi pregiudizi ‘primitivistici’.

Cade il mito di un ‘selvaggio’ privo di libertà e di iniziativa, interamente dominato dal gruppo, abituato a una « slavish, fascinated, passive obedience »<sup>(136)</sup> e si delinea un complesso sistema sociale, caratterizzato da una fitta trama di obbligazioni reciproche, sorrette dalla convenienza e dal prestigio sociale collegato al loro adempimento: un sistema le cui regole non hanno il carattere ‘assoluto’ dei « religious commandments », ma sono « essentially elastic and adjustable, leaving a considerable latitude within which their fulfilment is regarded as satisfactory »<sup>(137)</sup>. Lungi dall’essere dominato dall’irrazionalità e dal cieco e religioso rispetto delle consuetudini, l’abitante delle isole Trobriand agisce con una razionalità non dissimile dall’uomo ‘civilizzato’: « whenever the native can evade his obligations without the loss of prestige, or without the prospective loss of gain, he does so, exactly as a civilized business man would do »<sup>(138)</sup>.

Il « rule-governed behaviour » rende possibile lo scambio intersoggettivo e l’interazione sociale (nel quadro di una ‘solidarietà’, se si vuole, di impronta durkheimiana)<sup>(139)</sup>. Il gruppo e le norme si implicano a vicenda: le regole permettono il funzionamento del gruppo sociale ed il gruppo è l’ambiente nel quale le regole vengono a esistenza, mentre manca un apparato descrivibile ricorrendo al concetto di ‘Stato’: ritroviamo, dopo un lungo giro, il nucleo germinale del paradigma ‘pluralistico’ così come era venuto formandosi e determinandosi nel discorso politico-giuridico ottonecentesco.

Possiamo allora arruolare Malinowski nella pattuglia dei teorici novecenteschi del ‘pluralismo’? Potremmo dare una risposta affermativa, se tenessimo conto soltanto del lessico teorico cui l’antropologo ricorre. La difficoltà nasce dal fatto che l’analisi malinowskiana della società trobriandese sembra avere a che fare

---

<sup>(136)</sup> Ivi, p. 4.

<sup>(137)</sup> Ivi, p. 31.

<sup>(138)</sup> Ivi, p. 30.

<sup>(139)</sup> F. PIRIE, *The Anthropology of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 32.

con un'unitaria totalità sociale e non con una molteplicità di gruppi e di ordinamenti. Lasciatisi alle spalle il 'discorso della colonizzazione', acquisita la certezza della piena 'legittimità' di qualsiasi organizzazione sociale, l'antropologia sembra perdere interesse alla tematizzazione della 'pluralità'.

In realtà, in *Crimes and Custom* non manca una precisa sensibilità 'pluralistica'. Un apposito capitolo è infatti dedicato ai « Systems of law in conflict » ed esordisce con l'affermazione che « primitive law is not a homogeneous, perfectly unified body of rules, based upon one principle developed into a consistent system ». La società melanesiana ci viene presentata non come una totalità omogenea, armoniosa, compatta, ma come la risultante di un equilibrio precario fra sistemi normativi diversi, quali « matriarchy » e « father-right »<sup>(140)</sup>. Basta però questo riferimento alla molteplicità dei sistemi normativi per vedere germogli di 'pluralismo' fiorire sul terreno dell'antropologia malinowskiana?

Non è di questo parere un antropologo — Leopold Pospíšil — che negli anni Settanta del Novecento affronta sistematicamente il tema del 'pluralismo'. A suo avviso, Malinowski non sviluppa adeguatamente lo spunto pure introdotto nella sua analisi — la tensione esistente fra incompatibili sistemi normativi — attenuando la portata del principio patrilineare di contro alla forza vincolante del principio matrilineare<sup>(141)</sup>. In realtà, Malinowski prende sul serio il conflitto fra i due sistemi normativi più di quanto Pospíšil ammetta. Resta però vero che la tematizzazione dei due universi normativi è interna a un'analisi che resta focalizzata sull'armonico funzionamento di una specifica totalità sociale.

È comprensibile quindi che Pospíšil ravvisi un più articolato e maturo tentativo di innestare, sul tronco di un'analisi antropologica, un paradigma 'pluralistico'<sup>(142)</sup>, più che nel lavoro di Malinowski, in un libro di vari anni successivo, scritto a quattro mani da un giurista, Karl Llewellyn, e da un antropologo, E. Adamson Hoebel: *The*

<sup>(140)</sup> MALINOWSKI, *Crime and Custom*, cit., p. 100.

<sup>(141)</sup> L. POSPÍŠIL, *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971, p. 102.

<sup>(142)</sup> Ivi, p. 103.

*Cheyenne way*, dedicato alla ricostruzione delle pratiche giuridiche della comunità Cheyenne<sup>(143)</sup>.

*The Cheyenne way* mette a fuoco la complessità strutturale della società e la molteplicità delle forme che assume l'esperienza giuridica. A essa gli autori guardano attraverso una prospettiva (coerente con il 'giusrealismo' di Llewellyn) che mette a fuoco il momento del conflitto e le modalità della sua risoluzione: studiare, nella comunità Cheyenne (come in ogni altro gruppo sociale), « the idea of 'legality' » implica concentrarsi non solo sul « right », ma anche e soprattutto sul « remedy »<sup>(144)</sup>. È questo l'angolo visuale attraverso il quale gli autori ricostruiscono la cultura e la struttura socio-giuridica della comunità Cheyenne (per un periodo compreso fra il 1820 e il 1880), servendosi delle testimonianze dei membri della comunità stessa.

Occorre risolvere il 'diritto' nella concretezza dei conflitti e nella molteplicità dei 'rimedi'. La società è una « entirety », una totalità, solo in quanto è un mosaico di gruppi molteplici, di « smaller entities » interagenti entro la « great Entirety »<sup>(145)</sup>. E proprio perché la società include una pluralità di gruppi sociali di diversa natura e consistenza, anche il diritto non è un'entità unitaria e omogenea, ma è un intreccio di esperienze giuridiche variamente connesse: « The total picture of law-stuff in any society includes, along with the Great Law-stuff of the Whole, the sublaw-stuff or bylaw-stuff of the lesser working units »<sup>(146)</sup>. Studiare la pluralità dei gruppi e delle loro regole di funzionamento entro la 'totalità sociale' non è dunque occuparsi di realtà marginali rispetto allo « hierarchical order of official legal thought », ma è ricostruire « those effective devices of group self-regulation without whose aiding presence the devices of official law would falter and

---

(143) K.N. LLEWELLYN, E.A. HOEBEL, *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941. Cfr. E. GRANDE, *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto. (Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, in « Rivista critica del diritto privato », XIV (1996), 3, pp. 467-500; A.K. MEHROTRA, *Law and the 'Other': Karl N. Llewellyn, Cultural Anthropology, and the Legacy of The Cheyenne Way*, in « Digital Repository@ Maurer Law », 2001, pp. 741-75.

(144) LLEWELLYN, HOEBEL, *The Cheyenne Way*, cit., p. 26.

(145) Ivi, p. 27.

(146) Ivi, p. 28.

fail » (147). La ‘totalità’ sociale è una realtà differenziata o addirittura frammentata: la società ‘primitiva’ non è da questo punto di vista diversa dalla società ‘moderna’. Anche nella società del presente il settore del lavoro rivela l’esistenza di norme e il ricorso a strumenti di risoluzione delle controversie non previsti dal diritto ufficiale e tuttavia indispensabili per il funzionamento del ‘sistema’ (148).

Occorre dunque che l’« ethnologist » descriva, nella società che viene studiando, l’interazione fra i gruppi che la compongono, superando la frettolosa identificazione del ‘diritto’ con le norme poste da uno solo fra essi: « the total ‘legal’ structure of the culture is to be understood only by getting on down into the intra-group regulations as well » (149). È dall’intersezione fra i diversi livelli nei quali si articola la società che provengono i conflitti cui anche Malinowski (debitamente ricordato dagli autori della *Cheyenne way* (150)) fa riferimento. Se però per l’antropologo polacco la pluralità si manifesta principalmente nel rapporto (e nell’attrito) fra sistemi normativi sorretti da principî diversi e incompatibili, per Llewellyn e per Hoebel il conflitto fra le regole rinvia esplicitamente al *locus classicus* della teoria ‘pluralistica’: la tematizzazione dei gruppi sociali come alternativa a una rappresentazione ‘monistica’ della totalità sociopolitica (151).

Certo, l’opzione ‘pluralistica’ di Llewellyn e di Hoebel, pur netta e argomentata, assume come proprio referente una specifica società e si risolve nell’individuazione del suo carattere composito, della sua strutturazione in molteplici esperienze socio-giuridiche. Sembra invece sfumare il confronto fra la società considerata (la

---

(147) Ivi, p. 53.

(148) « If conduct-regulating machinery in these United States were to be investigated by an ethnologist, that ethnologist would be unwise, in the field of labor relations, to rest content with the Court Law or the statute Law. Whatever the Official level which he might choose, there would be other levels which, in appropriate cases, would need distinguishing and exploration » (ivi, p. 54).

(149) Ivi, p. 52.

(150) Ivi, p. 60.

(151) Si vedano però le interessanti osservazioni critiche di K. TUORI, *The Disputed Roots of Legal Pluralism*, in « Law, Culture and the Humanities », 9 (2011), 2, pp. 330-35; ID., *American Legal Realism and Anthropology*, in « Law & Social Inquiry », 42 (2017), 3, pp. 804-829.

comunità Cheyenne) e il contesto nella quale essa si è concretamente situata: l'America otto-novecentesca, che ha adottato, nei confronti delle comunità dei 'nativi', una politica riconducibile alle logiche caratteristiche della tradizione coloniale, oscillante fra gli estremi dell' 'indirect rule' e delle strategie 'assimilazionistiche'. In una parola, il salutare distacco dal 'discorso coloniale', se permetteva di abbandonare il mito della 'supremazia civile' dell'Occidente e di cogliere (come già era avvenuto con Malinowski) le originali caratteristiche della società 'primitiva', non sembrava facilitare quel confronto fra mondi (culture, ordinamenti) che era invece l'asse lungo il quale 'pluralismo coloniale' si sviluppava.

Erano comunque poste le premesse a partire dalle quali l'antropologia, e in particolare l'antropologia giuridica, avrebbe dedicato, a partire dagli anni Settanta del Novecento, una peculiare attenzione al 'pluralismo'. È a Malinowski e alla *Cheyenne way* che guarda, pur criticamente, Leopold Pospíšil nella sua *Anthropology of Law* <sup>(152)</sup>, per proporre uno schema di analisi socio-antropologica fondato sulla tematizzazione dei gruppi sociali e sulla loro interazione, entro una visione del diritto di ispirazione 'antiformalistica'. Il diritto è, per Pospíšil, il diritto vivente di cui già Ehrlich aveva parlato: l'insieme delle decisioni che disciplinano il conflitto all'interno di un gruppo sociale; e sono decisioni che presuppongono, all'interno del gruppo, un assetto potestativo, hanno un carattere 'universalistico' (tendono a essere applicate a tutti i casi simili) e una portata vincolante, sorretta da una sanzione (anche soltanto sociale o economica).

Diritto e gruppo sociale si implicano a vicenda, secondo quella tradizione politico-giuridica otto-novecentesca — cui Pospíšil esplicitamente e diffusamente si richiama — che aveva avuto in Gierke e in Ehrlich alcune fra le sue più famose espressioni: la società è formata da una rete di gruppi e di ordinamenti che si intersecano e si dispongono secondo livelli gerarchici differenziati, senza che, da questo punto di vista, sussistano differenze significative fra le società 'tradizionali' e le società moderne. La formazione giuridica di Pospíšil (laureato in giurisprudenza in Cecoslovacchia) ha verosimil-

---

<sup>(152)</sup> POSPÍŠIL, *Anthropology of Law*, cit. Cfr. anche la lucida sintesi proposta da L. POSPÍŠIL, *Law*, in «Quaderni fiorentini», 14 (1985), p. 42 e ss.

mente non soltanto favorito la sua domestichezza con la tradizione del 'pluralismo' politico-giuridico, ma ha anche stimolato l'idea di una totalità sociale strutturata secondo livelli nettamente differenziati e gerarchizzati <sup>(153)</sup>.

Sono ormai delineati i confini di un dibattito destinato a svilupparsi nell'ambito dell'antropologia e poi, negli ultimi lustri del Novecento, nel complesso dei saperi socio-giuridici: un dibattito che si concentra sulla morfologia dei gruppi sociali, sulle modalità della loro connessione, sui sistemi normativi da essi generati e impiegati, sul loro rapporto con la 'totalità' sociale.

È proprio sul rapporto fra i gruppi e la società complessivamente considerata che si concentra l'attenzione di Sally Falk Moore, che si muove lungo la direttrice raccomandata da Pospíšil nella sua *Anthropology*, ma propone una visione parzialmente diversa dei gruppi sociali e delle loro interconnessioni: « what Pospíšil has erected as an analytic classification has much in common with the jurisdictional hierarchies and divisions of our court system. To my mind this formulation does not sufficiently address the question of the differences in kind between organizational units [...] » <sup>(154)</sup>. Moore invita piuttosto ad assumere come grandezza di riferimento le più diverse formazioni sociali (« social fields », come le chiama l'antropologa americana), confermando (in linea con la tradizione 'pluralistica') la loro capacità di generare, al loro interno, regole e simboli efficaci, ma contrapponendo alla disposizione 'gerarchica' dei gruppi, sottolineata da Pospíšil, il gioco delle loro reciproche interferenze e sovrapposizioni: le formazioni sociali godono di una 'auto-nomia' relativa, dal momento che ciascuna di esse è « vulnerable to rules and decisions and other forces emanating from the larger world by which it is surrounded » <sup>(155)</sup>.

Pur aperta a inflessioni diverse, un'opzione esplicitamente e programmaticamente 'pluralistica' era ormai saldamente radicata sul

<sup>(153)</sup> Cfr. M.R. GOODALE, *Leopold Pospisil: A Critical Reappraisal*, in « The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 30 (1998), 40, pp. 123-149.

<sup>(154)</sup> S. FALK MOORE, *Law as Process: An Anthropological Approach* (1978), Hamburg, Lit, 2000, p. 24.

<sup>(155)</sup> S. FALK MOORE, *Law and the Social Change: The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, in « Law & Society Review », 7 (1973), p. 720.

terreno della ricerca antropologica, ma non era destinata a rimanere patrimonio esclusivo di un singolo sapere. Interviene, fra gli anni Settanta e Ottanta del Novecento, uno slittamento da ciò che è stato chiamato il « classic legal pluralism » (concentrato sull'impiego di schemi 'pluralistici' nell'analisi etno-antropologica delle società extra-europee) al « new legal pluralism » <sup>(156)</sup>: interessato a fare del 'pluralismo' uno schema teorico di portata 'generale', potenzialmente interessante non soltanto per l'antropologo, ma anche per il sociologo, per il filosofo, per il teorico del diritto.

È in questa prospettiva che John Griffiths (uno studioso americano che approda alla cattedra di sociologia del diritto a Groningen dopo lunghe peregrinazioni interdisciplinari <sup>(157)</sup>) ripercorre criticamente la storia recente del modello 'pluralistico'. Per Griffiths, una scelta 'pluralistica' implica (in coerenza, come sappiamo, con l'intera tradizione 'pluralistica') l'individuazione del proprio antonimo 'monistico': « the ideology of legal centralism »; l'ideologia che assume il diritto come norma voluta e imposta dalla forza coattiva dello Stato sovrano e lo presenta come « an exclusive, systematic and unified hierarchical ordering of normative propositions » <sup>(158)</sup>. È dall'ideologia 'statalistica' e 'imperativistica' che la teoria 'pluralistica' vuol prendere congedo.

Conviene però che l'opzione anti-monistica sia coerente e radicale. Per Griffiths, esistono due varianti del 'pluralismo': il pluralismo in senso debole o in senso forte. Assunto in senso debole, il 'pluralismo' coincide con un programma essenzialmente descrittivo, che ha trovato un privilegiato terreno di esplicazione nella ricostruzione del diritto coloniale <sup>(159)</sup> così come nella storia giuri-

<sup>(156)</sup> S. ENGLE MERRY, *Legal Pluralism*, in « Law and Society Review », 22 (1998), 5, pp. 869-896.

<sup>(157)</sup> J. GRIFFITHS, *How I Became a Sociologist of Law and What I Did When Once I Was (An essay in Whig Autobiography)* (privately printed, revised, expanded, and translated version of a retirement lecture given on 11 April 2006 and published in *Recht der Werkelijkheid* 27 (2006), pp. 23-42) (<https://rechtensamenlevingdotorg.files.wordpress.com/2018/11/how-i-became-a-sociologist-of-law.pdf>).

<sup>(158)</sup> J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 24 (1986), p. 3.

<sup>(159)</sup> Griffiths ricorda il lavoro di HOOKER, *Legal Pluralism*, cit., pubblicato nel 1975.

dica dell'Europa medievale e proto-moderna <sup>(160)</sup>: « the essential objectives of the discussion are the typification, explanation and justification of non-uniformity within state legal systems » <sup>(161)</sup>.

Il difetto di un approccio 'debole' al pluralismo è la sua tendenza a una semplice 'descrizione' della molteplicità riscontrabile all'interno di sistemi comunque organizzati intorno al centro statale, mentre le più interessanti approssimazioni a un rigoroso modello 'pluralistico' devono passare attraverso una domanda radicale: che cosa sia il diritto. È infatti questa la domanda di fondo che correttamente si pone Pospíšil, proponendo una risposta che fa leva sulle formazioni sociali di cui « anything likely to be called a 'society' consists » <sup>(162)</sup>. Il limite della sua teoria 'pluralistica' risiede, per Griffiths, nel delineare un quadro troppo ordinato e strutturato dell'interazione fra i gruppi. La società deve piuttosto essere rappresentata come « a chaotic mess of competing, overlapping, constantly fluid groups, more or less inclusive, with entirely heterogeneous principles of membership, social functions, etc., and in a baffling variety of structural relationships to each other and to the state » <sup>(163)</sup>. Proprio per questo la teoria di Moore (l'idea dell'intreccio e della sovrapposizione di campi sociali solo parzialmente autonomi) è coerente con la definizione che Griffiths propone del modello 'pluralistico': « 'Legal pluralism' refers to the normative heterogeneity attendant upon the fact that social action always takes place in a context of multiple, overlapping 'semi-autonomous social fields', which, it may be added, is in practice a dynamic condition » <sup>(164)</sup>.

Viene dunque consolidandosi, negli anni Settanta-Ottanta del Novecento, un modello teorico 'pluralistico' che trae sollecitazioni principalmente dagli studi etno-antropologici, indica qualche padre nobile nella tradizione politico-giuridica otto-novecentesca (Ehrlich soprattutto, mentre i 'pluralisti' francesi — Hauriou, Gurvitch — e italiani — Romano — sono per lo più ignorati) e si propone come un

---

<sup>(160)</sup> Gli autori di riferimento sono John Gilissen e Jacques Vanderlinden.

<sup>(161)</sup> GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, cit., p. 14.

<sup>(162)</sup> Ivi, p. 18.

<sup>(163)</sup> Ivi, p. 27.

<sup>(164)</sup> Ivi, p. 28.

coerente orientamento teorico interessante per il sociologo come per il filosofo e per il teorico del diritto. Intorno al modello 'pluralistico' sono fiorite anche iniziative editoriali di grande respiro. Viene tenuto a battesimo nel 1981 il « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », che continua e sviluppa la tradizione inaugurata con la rivista « African Law Studies » (fondata nel 1969), quasi ad evidenziare plasticamente il nesso 'genetico' fra gli studi antropologici e l'approccio 'pluralistico' alla realtà socio-giuridica<sup>(165)</sup>, e si dedica alla presentazione e alla discussione del 'pluralismo' nei suoi più vari aspetti.

Posto alla confluenza di molteplici tradizioni disciplinari, il modello teorico 'pluralistico' ha suscitato intensi e raffinati dibattiti teorici<sup>(166)</sup> (sui quali non è possibile soffermarsi), rimanendo co-

---

(165) È John Griffiths che presiede al 'transito' della Rivista dagli studi africani a una più generale riflessione sul 'pluralismo' dichiarando, nella nota editoriale del 1980, che « the link to Africa will be definitively cut [...]; the new journal will address phenomena of legal pluralism and unofficial law wherever they are to be found » (J. GRIFFITHS, *From the Editor*, in « African Law Studies », 18 (1980), pp. v-vi).

(166) Cfr. ad es. B.Z. TAMANAHA, *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, in « Journal of Law and Society », 20 (1993), 2, pp. 192-217; M. CHIBA, *Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World*, in « Ratio Juris », 11 (1998), 3, pp. 228-45; G.R. WOODMAN, *Ideological Combat and Social Observation. Recent Debate about Legal Pluralism*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 42 (1998), pp. 21-60; ENGLE MERRY, *Legal Pluralism*, cit.; S. ROBERTS, *Against Legal Pluralism. Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 42 (1998), pp. 95-106; F. VON BENDA-BECKMANN, *Who's Afraid of Legal Pluralism*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 47 (2002), pp. 37-82; FARALLI, *Vicende del pluralismo giuridico*, cit.; R. MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 34 (2004), 2, pp. 345-362; N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010; F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, *The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 53 (2006), pp. 1-44; TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, cit.; W. TWINING, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, in « Duke Journal of Comparative & International Law » 20 (2010), 3, pp. 473-518; M. CROCE, *All Law is Plural — Legal Pluralism and the Distinctiveness of Law*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 65 (2012), pp. 1-30; « Jura Gentium », XI (2014) (*Pluralismo giuridico*, a cura di M. Croce, A. Vassalle, V. Venditti); A. BIANCHI, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2016; B. BORIS, *Théories du droit et pluralisme juridique*.

munque fedele ai suoi principali temi conduttori: il rifiuto dello ‘statocentrismo’ ottocentesco, la tematizzazione dei gruppi sociali (della loro auto-nomia e della loro capacità ordinante) e la conseguente rappresentazione del mondo politico-giuridico come di una realtà plurale, mobile, interconnessa, non riconducibile a un ‘centro’ su cui tutto converge.

#### 8. *Il ‘pluralismo’ e la storiografia.*

Il ‘pluralismo giuridico’ teorizzato alla fine del Novecento non è un fulmine a ciel sereno, ma è la manifestazione di un orientamento maturato, entro un arco di tempo relativamente lungo, in molteplici tradizioni discorsive: nella teoria dello Stato, nella politologia, nel costituzionalismo del primo e del secondo dopoguerra, nel ‘discorso coloniale’, nell’antropologia. Pur nella diversità delle tradizioni disciplinari, è generalmente rispettata la regola aurea della grammatica teorica del ‘pluralismo’: rappresentare l’esperienza valorizzando la ‘pluralità’ delle sue forme contro le pretese ‘riduzionistiche’ di un unico ‘centro’.

Se è questa la scommessa costitutiva di una teoria ‘pluralistica’, potremmo attenderci che a essa abbia contribuito in modo determinante la storiografia; e che sia stata in particolare la storiografia

---

*Tome I, Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, Marseille, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2016; R. COLLINS, *In Pursuit of Method in Pluralist Jurisprudence: What exactly is Wrong with ‘Non-pluralist Jurisprudence’?*, in « Transnational Legal Theory », 8 (2017), 4, pp. 407-13; M.W. DOWDLE, *Do we really need a ‘pluralist jurisprudence’?*, in « Transnational Legal Theory », 8 (2017), 4, pp. 381-390; K. VON BENDA-BECKMANN, B. TURNER, *Legal pluralism, social theory, and the state*, in « The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 50 (2018), 3, pp. 255-274; E. MELISSARIS, M. CROCE, *A Pluralism of Legal Pluralisms*, Oxford Handbooks Online, 2018 ([www.oxfordhandbooks.com](http://www.oxfordhandbooks.com)); R. SEINECKE, *What is Legal Pluralism and what is it Good for?*, in *Legal Pluralism — Cui Bono?*, M. Luts-Sootak et al. (eds.), Tartu, University of Tartu Press, 2018, pp. 13-28; G. SWENSON, *Legal Pluralism in Theory and Practice*, in « International Studies Review », 20 (2018), pp. 438-462; B.Z. TAMANAHA, *The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence*, in « The Modern Law Review », 821 (2019), 1, pp. 159-179; *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, cit. Non ho potuto prendere visione di B.Z. TAMANAHA, *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2021, pubblicato quando questo contributo era già in stampa.

medievistica a tenere banco, se è vero che la società medievale offre continue e irrefutabili prove della pluralità dell'esperienza. In realtà, le cose non sono così semplici, perché (come dovrebbe essere ovvio) la rappresentazione linguistico-concettuale della realtà non è l'immediato rispecchiamento di 'ciò che è', ma è il frutto di una complessa 'costruzione' culturale. La storiografia è posta di fronte all'esperienza della pluralità, ma, come ogni altro sapere, deve scegliere la propria strategia cognitiva, deve capire come 'trattare' la pluralità, come narrarla, come 'spiegarla', come ridurre la complessità rendendola intellegibile. Indubbiamente la società medievale esibiva tutta la sua 'pluralità' a chi si accingeva a narrarne la storia, nell'Ottocento come agli inizi del terzo millennio. Il punto è però che la storiografia ottocentesca dedicava le sue prevalenti energie ad approntare, per quella pluralità, uno schema ricognitivo e narrativo non già 'pluralistico', ma orgogliosamente 'monistico'.

L'orientamento 'monistico' della storiografia politico-giuridica ottocentesca non è il frutto di un'inspiegabile cecità o di un'imperdonabile arretratezza metodologica. L'Ottocento è il secolo dove la storiografia conosce uno sviluppo considerevole e raggiunge risultati importanti, anche sul terreno dell'esperienza politico-giuridica. La storiografia però, come qualsiasi attività ermeneutica, non galleggia sul nulla, ma opera stimolata, guidata, condizionata dagli assunti culturalmente condivisi, dai paradigmi consolidati, dall' 'enciclopedia' <sup>(167)</sup> dell'epoca cui essa appartiene. E all' 'enciclopedia' ottocentesca appartengono tre parole-chiave, strettamente collegate fra loro — la storia, la nazione, lo Stato — che incidono a fondo sulla storiografia.

È l'intera realtà umana a dover essere interpretata alla luce della storia e cadono di conseguenza gli assiomi che avevano sorretto la riflessione politico-giuridico fino alle rivoluzioni di fine Settecento: il fondamento contrattualistico e volontaristico dell'ordine politico-giuridico, la visione giusnaturalistica e 'universalistica' dei diritti, la funzione 'artificiale' e 'meccanica' dello Stato. Lo Stato prende a essere rappresentato come l'organica espressione di un 'popolo' che non è una somma casuale di individui, ma è la risultante

---

<sup>(167)</sup> Nel senso attribuito al termine da U. Eco, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, Einaudi, 1984, p. 109 e ss.

di una 'tradizione' unitaria, che imprime a esso una precisa e inconfondibile identità. A sua volta, l'individuo non è l'essere umano come tale, ma è plasmato dall'appartenenza a un popolo storicamente individuato e trova in questa appartenenza il fondamento dei suoi diritti e delle sue libertà.

Il nesso fra storia, popolo e Stato percorre l'intero discorso pubblico europeo nel corso del XIX secolo, ma acquisisce una particolare pregnanza nel vivo degli impegnativi processi di *state building* che hanno luogo in Italia e in Germania. In entrambi i casi, la costruzione di una nuova identità collettiva fa leva sull'idea di un 'popolo' chiamato a 'risorgere' <sup>(168)</sup>: occorre allora ripercorrere la storia della nazione, denunciarne le battute di arresto e le involuzioni e rivendicarne la sostanziale, anche se non apparente, unitarietà.

Riscoprire la nazione e la sua storia non è un esercizio intellettualistico: è l'acquisizione di una conoscenza indispensabile per giungere al superamento della persistente frammentazione politica. Solo un popolo consapevole della profonda unitarietà della sua storia può essere certo della sua identità e agire per creare un ordinamento che la rispecchi: la nazione si rende visibile in quanto si realizza nelle istituzioni statuali e lo Stato a sua volta trae la sua legittimazione dal destino che la nazione detta a esso.

Come lo Stato è la forma visibile della nazione, così la nazione è plasmata dalla storia. La storiografia non è allora un lusso erudito, ma è la lente che permette di cogliere l'immanente unitarietà della nazione al di là delle sue più evidenti, ma superficiali, dispersioni e frammentazioni. La storiografia è consapevole della pluralità dell'esperienza e ne offre una ricognizione analitica e documentata. È però anche convinta di poterla trascendere, di poter ricondurre la molteplicità di norme, istituzioni, forze contrastanti a una superiore unità. E l'unità — il *tèlos* immanente all'intera storia della nazione — è lo Stato unitario. La pluralità è il dato e l'unità è il senso. È in questo orizzonte che la storiografia politico-giuridica ottocentesca svolge un ruolo protagonista nell'orchestrazione di quella partitura

---

<sup>(168)</sup> F. BAMBI, "Risorgimento": *parola italiana, parola europea*, in « Quaderni fiorentini », 45 (2016), pp. 17-31.

‘monistica’ che il ‘pluralismo’ otto-novecentesco assumerà come proprio antonimo.

La storiografia giuridica italiana offre significative conferme di questo orientamento. Essa dedica ricerche importanti alla ricognizione e all’edizione delle fonti così come all’analisi dei sistemi normativi e degli ordinamenti, acquisisce una sua precisa fisionomia e un’importante collocazione accademica, consacrata definitivamente nell’Italia postunitaria<sup>(169)</sup>, ma il suo confronto con la ‘pluralità’ è, in ultima analisi, l’assunzione di una sfida che si vince se si riconduce la ‘molteplicità’ all’‘unità’<sup>(170)</sup>. Si pensi ad esempio alla famosa disputa (che impegnò i nomi più prestigiosi della storiografia giuridica come della storiografia politica) sull’incidenza prevalente, nello sviluppo politico-giuridico dell’Italia medievale, delle stirpi latine oppure germaniche e alla soluzione che finì per apparire la più appagante: la tesi secondo la quale il diritto che si era venuto sviluppando in un lunghissimo arco di tempo non era in realtà né germanico né romano, ma trovava il suo fondamento unificante nel popolo (il popolo italico) di cui era espressione<sup>(171)</sup>; un diritto « schiettamente italiano, prodotto dello spirito e del genio nazionale »<sup>(172)</sup>. Si pensi ancora alla storia dei Comuni italiani: finemente analizzata dalla migliore storiografia giuridica (da Pertile a Salvioli) e però ancora immersa in un *Erwartungshorizont* (per dirla con Koselleck) non lontano da quel clima che induceva Sismondi, come Gioberti o Balbo, a dare per certa (pur nella radicale diversità delle prospettive) l’esistenza di un forte collegamento, storico e ideale, fra la civiltà comunale e il futuro Stato nazionale<sup>(173)</sup>.

---

<sup>(169)</sup> Cfr. M. MARTÍNEZ NEIRA, *Sobre los orígenes de la historia del derecho en la universidad italiana*, in « Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija », 7 (2004), pp. 117-154.

<sup>(170)</sup> Cfr. *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013.

<sup>(171)</sup> E. BESTA, *La persistenza del diritto volgare italico nel medio evo*, in « Rivista di legislazione comparata », 3 (1905), pp. 5-21.

<sup>(172)</sup> A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1908, p. 2.

<sup>(173)</sup> Cfr. G. MILANI, *I comuni italiani: secoli XI-XIV*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 159 e ss.; E. OCCHIPINTI, *I comuni medievali nella storiografia italiana del Risorgimento*, in « Nuova Rivista Storica », XCI (2007), pp. 459-530.

Dobbiamo allora affermare che la storiografia politico-giuridica ottocentesca è univocamente consegnata alla causa del ‘monismo’? Una siffatta conclusione sarebbe semplicistica. La storiografia, infatti, se pure sorretta dall’idea del nesso teleologico fra passato e presente, non rinuncia a perseguire l’obiettivo di una precisa (documentata, analitica) storicizzazione dei fenomeni. Esercitano un forte influsso su di essa, tanto in Italia quanto nei paesi di lingua tedesca, prima, lo storicismo savigniano e poi il positivismo filosofico, reciprocamente incompatibili e tuttavia convergenti nello stimolare la diffidenza verso le asserzioni ‘metafisiche’, nel raccomandare il culto del documento, l’attenzione alle fonti, il riscontro dei ‘fatti’<sup>(174)</sup>. La storiografia quindi porta acqua al mulino del ‘monismo’, prima, quando assume lo Stato-nazione come la categoria previa, la lente, attraverso la quale prendere visione del passato e poi quando lo indica come il *tèlos* immanente al processo che essa viene ricostruendo, ma al contempo imbastisce una narrazione che contribuisce ‘oggettivamente’ alla conoscenza dell’impressionante molteplicità delle forme socio-giuridiche dell’esperienza.

Occorre inoltre tener presente una complicazione del quadro. Se, da un lato, la storiografia, indicando nello Stato-nazione l’esito dell’intero sviluppo storico, diviene una componente importante del ‘discorso nazionalistico’ ottocentesco, dall’altro lato, il paradigma ‘monistico-staturalistico’, che si viene affermando nel secondo Ottocento, presuppone, come ricordiamo, la svolta metodologica gerberiana: l’impiego di un metodo giuridicamente ‘puro’, libero da contaminazioni ‘fattuali’ e ‘valoriali’<sup>(175)</sup>. La giuspubblicistica ‘monistica’ dei Gerber e dei Laband, quindi, continua, sì, a presentare il *Volk* e la sua storia come il terreno su cui affonda le radici la ‘persona sovrana’, ma al contempo li considera come un mero ‘antefatto’ dello Stato. Il ‘monismo’ politico-giuridico, insomma,

---

<sup>(174)</sup> Proprio per questo Biagio Brugi sosteneva la tesi (che può sembrarci paradossale) secondo la quale il positivismo era il coronamento dello storicismo savigniano: B. BRUGI, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, in « Circolo giuridico », 14 (1883), pp. 151-67. Cfr. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986; F. MARIN, ‘*Germania docet?* Modello tedesco e scienza italiana nell’opera di Biagio Brugi’, in « Annali dell’Istituto italo-germanico in Trento », 28 (2002), pp. 133-59.

<sup>(175)</sup> V. *supra*, § 4.

presuppone, sì, la storia, ma non esita a considerarsi ormai dispensato dai servigi della storiografia: una storiografia che ha mostrato di essere un'utile ancella, ma può anche svolgere un ruolo 'destabilizzante' nei confronti della soluzione 'monistica' qualora si faccia leva sulla molteplicità delle formazioni sociali che essa non ha rinunciato a prendere in considerazione.

È questo il contesto nel quale prende forma anche la grande proposta 'pluralistica' avanzata, come ricordiamo <sup>(176)</sup>, da Otto von Gierke. Di questa proposta è parte integrante la dimensione storiografica. È alla tradizione di ispirazione savigniana, è al lavoro di scavo della germanistica che Gierke attinge per mostrare il carattere originario delle formazioni sociali, la loro capacità ordinante, la loro differenza non qualitativa ma solo quantitativa dallo Stato. Il passato della Germania diviene per Gierke la prova eloquente della necessità di ricondurre l'ordine complessivo ai gruppi sociali e alla loro capacità ordopoietica: i 'molti', lungi dall'essere assorbiti nel cono d'ombra dell'uno', ne rendono possibile l'effettiva esistenza. Sono gli apporti della storiografia, dunque, che Gierke utilizza contro il paradigma 'monistico'. Egli però, al contempo, condivide un orizzonte di aspettativa nel quale tutti si riconoscono: la convinzione che sia comunque lo Stato-nazione l'esito finale del processo storico e il culmine della civilizzazione.

La storiografia politico-giuridico ottocentesca non è dunque una semplice cassa di risonanza del 'monismo' e si presta a essere utilizzata a sostegno di proposte 'pluralistiche'. Anche quando ciò avviene, però, la ricchissima ricognizione delle forme socio-giuridiche da essa fornita offre un prezioso sostegno a chi (come Gierke) voglia rifiutare il 'monismo' politico-giuridico, ma non è di per sé sufficiente a produrre in essa un drastico mutamento di prospettiva: a mettere in questione il ruolo che essa aveva attribuito allo Stato, assumendolo, da un lato, come la condizione categoriale delle sue operazioni ermeneutiche e, dall'altro lato, come la sostanza e il *tèlos* dello sviluppo storico.

Il congedo dallo statualismo ottocentesco non è quindi, per la storiografia giuridica, facile e rapido. Per quanto riguarda l'Italia, a

---

<sup>(176)</sup> V. *supra*, § 4.

ostacolare l'adozione di categorie previe diverse dal concetto ottocentesco dello Stato intervengono, prima, l'acceso nazionalismo innescato o potenziato dalla Prima guerra mondiale e, poi, la cultura del fascismo: che si legittima come la forza capace di sottrarre lo Stato alla decadenza cui la liberal-democrazia lo aveva condannato e fa della nazione (e della sua incarnazione nello Stato) uno degli elementi portanti della sua retorica politica.

È semmai nella storiografia politico-giuridica tedesca che emergono interessanti segnali di disaffezione nei confronti di una tradizione che anche in Germania aveva celebrato i fasti della statualità e mostrava di essere ancora viva e vitale agli inizi del XX secolo<sup>(177)</sup>. Che una presa di distanza dallo statualismo ottocentesco si manifesti nella Germania degli anni Trenta, dominata dalla cultura nazionalsocialista, non deve sorprendere, se si tiene conto della diffidenza che l'ideologia nazionalsocialista nutriva nei confronti dello Stato a vantaggio del 'popolo-razza' e del partito.

Del rapporto fra movimento, Stato e partito nella dottrina nazionalsocialista Carl Schmitt offre una limpida teorizzazione<sup>(178)</sup>. Ed è sempre Schmitt a sostenere l'esistenza di tre diversi modi di rappresentare l'ordine politico giuridico: identificandolo con un sistema di norme, oppure facendolo dipendere dalla decisione del sovrano (come vuole, emblematicamente, Hobbes) oppure cogliendolo nella sua 'concretezza', affermando che non sono le 'norme' e le 'decisioni' a rendere possibile l'ordine, ma è l'intrinseca struttura, la concreta forma di vita di una comunità (la « konkrete Lebens- und

---

<sup>(177)</sup> Cfr. J. LEONHARD, *Vergangenheit als Vorgeschichte des Nationalstaates? Zur retrospektiven und selektiven Teleologie der deutschen Nationalhistoriographie nach 1850*, in *Nationalgeschichte als Artefakt: zum Paradigma „Nationalstaat“ in den Historiographien Deutschlands, Italiens und Österreichs*, H.P. HYE (Hrsg.), Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2009, pp. 179-200. Un quadro generale in W. WEBER, *Voraussetzungen und Erscheinungsformen des Staates in der deutschen Historiographie des 19. und 20. Jahrhunderts*, in *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne* (Actes du colloque de Rome, 18-31 mars 1990), Rome, École Française de Rome, 1993, pp. 169-202.

<sup>(178)</sup> C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

Gemeinschaftsordnung ») a includere in se stessa tanto le norme quanto le decisioni <sup>(179)</sup>.

L'ottocentesca *Staatslehre* è inghiottita dallo stesso gorgo che aveva travolto il liberalismo ottocentesco e la democrazia weimariana e viene meno l'idea dello Stato-nazione come esito e culmine della storia occidentale. È in questo ambiente politico-culturale che si infrange di conseguenza una delle 'certezze' della storiografia ottocentesca: l'assunzione dello Stato come 'categoria previa' attraverso la quale interpretare lo sviluppo storico complessivo, dal mondo antico al presente. Se agli inizi del Novecento e ancora nel primo dopoguerra era pacifico parlare, in Germania, dello 'Stato medievale' <sup>(180)</sup>, nella storiografia degli anni Trenta l'impiego di questa espressione prende a essere messo in questione. L'epicentro della frattura può essere individuato nella pubblicazione, nel 1939, di *Land und Herrschaft*, di Otto Brunner <sup>(181)</sup>: un libro che inaugura ciò che è stata chiamata la nuova storia costituzionale tedesca <sup>(182)</sup> e viene riproposto, nel 1959 <sup>(183)</sup>, con qualche modifica lessicale suggerita dalla nuova situazione politica, divenendo un passaggio obbligato della storiografia del secondo Novecento <sup>(184)</sup>.

---

<sup>(179)</sup> C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), Berlin, Duncker und Humblot, 1993<sup>2</sup>, p. 14.

<sup>(180)</sup> Si vedano ad esempio G. VON BELOW, *Der deutsche Staat des Mittelalters. Ein Grundriss der deutschen Verfassungsgeschichte*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1914 (cfr. H. CYMOREK, *Georg von Below und die deutsche Geschichtswissenschaft um 1900*, Stuttgart, Steiner Verlag, 1998) e F. KEUTGEN, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, Jena, Fischer, 1918.

<sup>(181)</sup> O. BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, Baden bei Wien, Rohrer, 1939.

<sup>(182)</sup> Cfr. Ch. H.F. MEYER, *Zum Streit um den Staat im frühen Mittelalter*, in *Der frühmittelalterliche Staat — europäische Perspektiven*, W. Pohl, V. Wieser (Hrsg.), Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2009, pp. 164-75.

<sup>(183)</sup> O. BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, Wien-Wiesbaden, Rohrer, 1959.

<sup>(184)</sup> La recezione italiana della storiografia brunneriana deve molto all'opera di Pierangelo Schiera. Cfr. P. SCHIERA, *Introduzione* a O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. Schiera, Milano, Vita e Pensiero, 1970; e ancora P. SCHIERA, *Introduzione* a O. BRUNNER, *Terra e potere. Strutture prestatuali e premoderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano, Giuffrè, 1983. Cfr. O. CAPITANI, *Introduzione*, in O. BRUNNER, *Storia sociale dell'Europa nel Medioevo*, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 9-33.

Le principali *Denkfiguren* <sup>(185)</sup> che sostengono l'opera dello storico austriaco sono inequivocabilmente schmittiane, a partire proprio dal seminale concetto dei « konkrete Ordnungsdenken »: che prendono in considerazione forme sociali (dalla famiglia a una confessione religiosa, a un esercito, a un'impresa produttiva), che hanno una loro interna sostanza e struttura dalle quali e per le quali scaturiscono le norme <sup>(186)</sup>. Era già stato peraltro lo stesso Schmitt a evocare il medioevo come il più eloquente testimone del « konkretes Ordnungsdenken », oscurato dal normativismo trasmesso dalla *Rezeption* del diritto romano e poi trionfante nel costituzionalismo liberale <sup>(187)</sup>. È a questo 'ordine concreto' che pensava, secondo Schmitt, Santi Romano nella sua opera del '18: una struttura soggiacente alle norme e capace di muoverle « wie Figuren auf einem Spielbrett » <sup>(188)</sup>.

È in questa ottica che Otto Brunner guarda al medioevo; in un'ottica che uno dei suoi primi recensori — Heinrich Mitteis — sottolinea e apprezza. Per il medievista tedesco i meriti di *Land und Herrschaft* sono il superamento del positivistico « Trennungsdenken », che aveva separato la società dalla politica, l'economia dal diritto, e l'attribuzione a nuova storia 'costituzionale' di un compito unitario: individuare la « Substruktur der Verfassung » nella « Ordnung » dei ceti, della proprietà, della famiglia, del lavoro, insomma, nella pluralità interconnessa delle formazioni sociali <sup>(189)</sup>. Era già questo il terreno, come riconosce Mitteis, della germanistica ottocentesca: se però Gierke, che pure si muoveva nel suo alveo, la

---

<sup>(185)</sup> L'espressione ricorre nell'accurata ricostruzione di G. ALGAZI, *Otto Brunner — ‚Konkrete Ordnung‘ und Sprache der Zeit*, in *Geschichte als Legitimationswissenschaft, 1918-1945*, P. Schöttler (Hrsg.), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998<sup>2</sup>, pp. 166-203.

<sup>(186)</sup> SCHMITT, *Über die drei Arten*, cit., p. 17.

<sup>(187)</sup> Ivi, p. 9.

<sup>(188)</sup> Ivi, p. 20. « [...] l'ordinamento giuridico [...] è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime [...] » (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 1962<sup>2</sup>, p. 15). Cfr. M. DE WILDE, *The dark side of institutionalism: Carl Schmitt reading Santi Romano*, in « Ethics & Global Politics », 11 (2018), 2, pp. 12-24.

<sup>(189)</sup> H. MITTEIS, *Land und Herrschaft: Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buch Otto Brunners*, in « Historische Zeitschrift », 163 (1941), 2, p. 257.

leggeva attraverso il filtro del nazionalismo liberale<sup>(190)</sup>, Brunner riesce a innestare sulla ricerca storico-costituzionale la dottrina politico-giuridica della nuova Germania<sup>(191)</sup>. Ha fatto ormai il suo tempo la tesi — scrive Brunner in un saggio ‘programmatico’ di poco antecedente al suo *magnum opus* — che vedeva nel *Rechtsstaat* liberale « eine endgültige Form politischer Ordnung, aus der allgemeingültige Maßstäbe und Begriffe zum Verständnis der Vergangenheit gewonnen »<sup>(192)</sup>. Non è lo Stato il filo conduttore (ora visibile ora dissimulato) di una storia, al fondo, continua: « Brunner, per così dire, ‘destatalizza’ la storia costituzionale decostruendo le pretese egemoniche che la moderna idea di ‘Konstitution’ proietta sul passato »<sup>(193)</sup>.

È lecito ricondurre la storiografia costituzionale brunneriana all’asse opposizionale ‘monismo’-‘pluralismo’? In realtà, un’interpretazione ‘pluralistica’ di Brunner sarebbe il frutto di un’indebita sollecitazione dei suoi testi. La fortuna della sua opera nel secondo dopoguerra è legata piuttosto a un’idea che, comunque la si valuti, sembra difficilmente collegabile a un approccio ‘pluralistico’: l’idea di una *Strukturgeschichte* che, essendosi felicemente lasciata alle spalle le strettoie del *Trennungsdenken*, aspira a una rappresentazione ‘totale’. La *Strukturgeschichte* brunneriana è in sostanza la *Volksgeschichte* coltivata nell’opera del 1939, come osserva, non senza qualche malizia, Koselleck, che presenta il passaggio dalla

---

<sup>(190)</sup> Ivi, pp. 271-72.

<sup>(191)</sup> Ivi, p. 256. Cfr. anche P.N. MILLER, *Otto Brunner and Gerhard Oestreich before and after the Second World War*, in « Past & Present », 176 (2002), pp. 144-186.

<sup>(192)</sup> O. BRUNNER, *Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte*, in « Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung », 14 (1939), p. 528 (citato in F. LINGER, *Eine Wurzel fachlicher Innovation? Die Niederlage im Ersten Weltkrieg und die Volksgeschichte in Deutschland — Anmerkungen zu einer aktuellen Debatte*, in *Kriegsniederlagen: Erfahrung und Erinnerung*, C. Horst (Hrsg.), Berlin, De Gruyter, 2004, p. 45).

<sup>(193)</sup> S. CHIGNOLA, *Sulla critica delle fonti della storia costituzionale. Ancora su Otto Brunner, Reinhart Koselleck, la Begriffsgeschichte*, in « Scienza & Politica », XXVIII (2016), 54, p. 113. Cfr. anche J. VAN HORN MELTON, *From Folk History to Structural History: Otto Brunner (1898-1982) and the Radical-Conservative Roots of German Social History*, in *Paths of Continuity. Central European Historiography from the 1930s to the 1950s*, H. Lehmann, J. Van Horn Melton (eds.), Washington-Cambridge, German Historical Institute-Cambridge University Press, 2002, pp. 262-292.

prima alla seconda espressione lessicale come un buon esempio « daß auch politisch bedingte Erkenntnisinteressen zu theoretisch und methodisch neuen Einsichten führen können, die ihre Ausgangslage überdauern » (194). In ogni caso, quale che sia l'opinione sul legame 'genetico' fra la *Volksgeschichte* degli anni Trenta-Quaranta e gli sviluppi della storia della società nella Germania degli anni Cinquanta-Sessanta (195), una storia costituzionale come storia delle strutture, degli strati 'profondi' della società, può evocare, se si vuole, assonanze con l'idea di una storia *à part entière*, ma non sembra orientata a combattere il 'monismo' in nome del 'pluralismo'.

Il contributo della storiografia costituzionale brunneriana alla causa del 'pluralismo' risiede non tanto nella sua *pars construens*, quanto nella sua *pars destruens*: nell'esclusione dello 'Stato' dalla storia delle società premoderne e la conseguente sollecitazione a riflettere sul ruolo metastoriografico dello Stato, sulla valenza di 'categoria previa' a esso tradizionalmente attribuito.

L'anti-statalismo brunneriano, però, se incide sul dibattito storiografico tedesco negli anni Cinquanta e Sessanta, raggiunge con qualche ritardo la cultura italiana. In Italia, la storiografia giuridica, nel secondo dopoguerra, non si rivolge a Brunner per fare i conti con un una tradizione — la tradizione statual-nazionale — che non soltanto aveva dominato la cultura ottocentesca, ma era stata confermata e amplificata dal fascismo. Lo strumento cui essa ricorre per rompere l'ortodossia statual-nazionale è semmai il 'pluralismo' istituzionalistico teorizzato nel 1917 da Santi Romano.

---

(194) R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprach*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 2006, p. 12, nota 4.

(195) Cfr. D. GROH, *Strukturgeschichte als 'totale' Geschichte?*, in « Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte », 58 (1971), pp. 289-322; O.G. OEXLE, *Sozialgeschichte — Begriffsgeschichte — Wissenschaftsgeschichte. Anmerkungen zum Werk Otto Brunners*, in « Vierteljahrschrift für Sozial und Wirtschaftsgeschichte », 71 (1984), 3, pp. 305-342; L. RAPHAEL, *Von der Volksgeschichte zur Strukturgeschichte. Die Anfänge der westdeutschen Sozialgeschichte 1945-1968*, in « Comparativ », 12 (2002), 1, pp. 7-11; B. ZIEMANN, *Sozialgeschichte jenseits des Produktionsparadigmas. Überlegungen zu Geschichte und Perspektiven eines Forschungsfeldes*, in « Moving the Social: Journal of Social History and the History of Social Movements », 28 (2003), pp. 5-35; LINGER, *Eine Wurzel fachlicher Innovation?*, cit.

Di particolare rilievo è la pubblicazione, nel 1947, di un libro di Francesco Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale* <sup>(196)</sup>. Il libro (il frutto più maturo di una ricerca che già negli anni precedenti saggiava vie diverse dal *mainstream* statual-nazionale) ricorreva alle suggestioni romaniene per prendere le distanze dall'incombente 'Stato moderno', per valorizzare la molteplicità delle forme socio-giuridiche medievali senza sottoporle a estrinseche unità di misura <sup>(197)</sup>. Cambia, esplicitamente, il paradigma interpretativo adottato: occorre evitare che lo Stato-nazione getti la sua ombra 'monistica' su una società essenzialmente plurale e conviene adottare uno schema a essa più congeniale proprio perché capace di valorizzare la molteplicità delle sue forme socio-giuridiche. Innestando il 'pluralismo' romaniano sul tronco della storiografia giuridica l'opera di Calasso imprime dunque a essa una svolta rilevante, tanto da proporsi come il più convincente esempio di quei 'nuovi orizzonti' che Bruno Paradisi annunciava nel 1950 nella sua Relazione al IX Congresso internazionale di scienze storiche <sup>(198)</sup>.

Nel clima non solo antitotalitario, ma anche anti-statualistico del secondo dopoguerra, la storiografia giuridica italiana si apre dunque al 'pluralismo'. Certo, il ricorso di Calasso allo schema istituzionalistico romaniano, se imprime una svolta pluralistica alla storiografia giuridica, non trae da essa le conseguenze più radicali: da un lato, infatti, permane qualche scoria di una tenace 'filosofia della storia' (l'idea di una statualità come *tèlos* di uno sviluppo capace di risolvere un'arcaica pluralità in un superiore equilibrio) e, dall'altro lato, resta ferma l'esigenza di ricondurre la pluralità all'unità: a quel sistema dello *ius commune* che per Calasso ha una precisa e generale valenza 'ordinamentale' <sup>(199)</sup>.

---

<sup>(196)</sup> F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1947.

<sup>(197)</sup> Cfr. la limpida e convincente ricostruzione di B. SORDI, *Il contrastato avvicinamento della storiografia giuridica alla pluralità degli ordinamenti*, in «Jura Gentium», XV, 2 (2018), pp. 27-35.

<sup>(198)</sup> B. PARADISI, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, ora in ID., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, il Mulino, 1973, pp. 105-171.

<sup>(199)</sup> Cfr. P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in «Quaderni fiorentini», 25 (1996),

Occorre attendere le ultime decadi del Novecento perché il ‘pluralismo’ divenga una chiave di lettura compiutamente teorizzata ed estensivamente applicata sul terreno della storiografia giuridica. Sono gli obiettivi lucidamente perseguiti da Paolo Grossi, che si sbarazza definitivamente dell’ingombrante ‘fantasma’ statualistico e, valorizzando (attraverso Romano, ma in realtà anche ‘oltre’ Romano) il concetto di ‘autonomia’<sup>(200)</sup>, presenta l’ordine giuridico medievale come una rete di interdipendenze, un intreccio di relazioni ‘orizzontali’ incompatibile con la rigidità propria della ‘piramide’ statuale<sup>(201)</sup>. Al contempo, Grossi non esaurisce lo schema ‘pluralistico’ nella ricognizione della realtà medievale, ma ne estende la valenza, lo assume come griglia di lettura della storia giuridica moderna e contemporanea: appartengono a questo coerente disegno complessivo, ad esempio, le ricerche sulle proprietà collettive<sup>(202)</sup> non meno delle diagnosi, di carattere generale, formulate nel libro dedicato alle *Mitologie giuridiche della modernità*<sup>(203)</sup>.

Ormai compiutamente definito<sup>(204)</sup>, il paradigma ‘pluralistico’ produce effetti rilevanti sulla storiografia giuridica tardo-nove-

---

p. 279 e ss.; I. BIROCCHI, *Oltre le storie nazionali: dalla storia del diritto alle storie del diritto*, in *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, a cura di B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2013, p. 445 e ss.

<sup>(200)</sup> Cfr. GROSSI, *Un diritto senza Stato*, cit.; ID., ‘Auctoritas’ universale e pluralità di ‘potestates’ nel mondo medievale, in *Mediterraneo, Mezzogiorno, Europa. Studi in onore di Cosimo Damiano Fonseca*, a cura di G. Andenna e H. Houben, Bari, Adda, 2004, vol. I, pp. 561-72; ID., *Il sistema giuridico medievale e la civiltà comunale*, in *La civiltà comunale italiana nella storiografia internazionale*, a cura di A. Zorzi, Firenze, Firenze University Press, 2008, pp. 1-18.

<sup>(201)</sup> P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza 1995.

<sup>(202)</sup> P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici fra ieri e domani*, Macerata, Quodlibet, 2019.

<sup>(203)</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007<sup>3</sup>. Una riuscita sintesi del ‘pluralismo’ grossiano è rintracciabile nell’intervista curata da Federico Pedrini per la rivista « Lo Stato » (F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti, 10 giugno 2020)*, in « Lo Stato », VII (2020), 14, pp. 211-68).

<sup>(204)</sup> Contributi alla messa a punto del modello ‘pluralistico’ provengono anche da due storici quali John Gilissen (*Le pluralisme juridique*, dir. J. Gilissen, Bruxelles, Éditions de l’Université de Bruxelles, 1972) e Jacques Vanderlinden (cfr. J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013, su cui si veda M.Ch. LOCCHI, *A partire da Les Pluralismes juridiques di Jacques Vanderlinden: alcune riflessioni*

centesca. Da un lato, se la società medievale è stato il primo banco di prova delle insufficienze storico-ermeneutiche del ‘monismo’ statual-nazionale, l’approfondimento del paradigma pluralistico ha progressivamente permesso di spingersi oltre i limiti canonici dell’età di mezzo e problematizzare il nesso fra ‘modernità’ e ‘Stato’: mostrando come non solo nell’Europa proto-moderna la dinamica socio-politica fosse ancora largamente pattizia, policentrica, ‘orizzontale’<sup>(205)</sup>, ma addirittura revocando in dubbio che anche nel momento del suo ottocentesco apogeo il ‘centro’ sovrano fosse realmente capace di chiudere l’intera società nelle maglie della sua ‘volizione’ (consegnata alla ‘forma Codice’ e alla weberiana, burocratica ‘gabbia d’acciaio’)<sup>(206)</sup>. Dall’altro lato, con il diffondersi della consapevolezza dell’intrinseca pluralità delle esperienze politico-giuridiche europee si faceva strada la convinzione che l’esistenza di una molteplicità di sistemi normativi e di un fitto intreccio di ordinamenti parzialmente sovrapposti fosse non una caratteristica esclusiva delle società europee, bensì un fenomeno analogamente ricorrente nelle società ‘colonizzate’ (e poi ‘decolonizzate’)<sup>(207)</sup>.

La storiografia, se, nella sua fase ottocentesca, riconduceva il

---

*sull'utilità dell'ipotesi pluralista per il diritto contemporaneo*, in « The Cardozo Electronic Law Bulletin », XXI (2015), 1, pp. 1-25).

<sup>(205)</sup> Cfr. L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici, secoli XVI-XVIII*, Milano, Giuffrè, 1994; A. DE BENEDICTIS, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bologna, il Mulino, 2001; L. BLANCO, *Le origini dello Stato moderno. Secoli XI-XV*, Roma, Carocci, 2020.

<sup>(206)</sup> Cfr. A.M. HESPANHA, *Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime*, in ID., *Poder e instituições na Europa do antigo regime*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 9-89; ID., *A historiografia jurídico-institucional e a morte do estado*, in « Anuario de Filosofía del Derecho », III (1986), pp. 191-227; B. CLAVERO, *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986; A.M. HESPANHA, *Storia delle istituzioni politiche*, Milano, Jaca Book, 1993; L. MANNORI, *Genesi dello stato e storia giuridica* (a proposito di *Origini dello Stato*, a cura di G. Chittolini, A. Molho e P. Schiera, Bologna, 1994), in « Quaderni fiorentini », 24 (1995), pp. 504-505. Cfr. le convincenti considerazioni di C. GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, in « Istor », 2004, 16, pp. 13-44.

<sup>(207)</sup> Cfr. BENTON, *Law and Colonial Culture*, cit.; A.M. HESPANHA, *Antigo Regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do Império colonial português*, in *Na trama das redes*, J. Fragoso, M. de Fátima Gouvêa (eds.), Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010, pp. 43-94; ID., *Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 101-135; T. HERZOG,

processo storico all'unità (teleologica e sistematica) dello Stato-nazione sovrano, agli esordi del terzo millennio tende a ricostruire l'intera fenomenologia socio-giuridica attraverso il prisma della teoria 'pluralistica'. E potremmo anche chiedersi se non fosse opportuno vedere nello Stato non tanto una forma dell'esperienza, quanto un costrutto discorsivo, l'espressione di una mitopoiesi tanto potente da imporre a un'immagine lo statuto di un *ens realissimum*.

### 9. *Cenni conclusivi.*

Dopo una lunga e composita gestazione il paradigma 'pluralistico' raggiunge nelle ultime decadi del Novecento una compiuta teorizzazione. Molteplici tradizioni disciplinari, sviluppatesi nel corso dell'Otto-Novecento, hanno offerto al modello 'pluralistico' un indispensabile retroterra storico-teorico, ma non è casuale che soltanto fra la fine del XX secolo e l'inizio del terzo millennio quel modello abbia ottenuto una piena affermazione. È infatti nell'ultimo cinquantennio che la circolazione planetaria delle merci, degli esseri umani, dei discorsi, dei sistemi normativi (un fenomeno che ha una lunga storia alle spalle, ma ha raggiunto in tempi recenti dimensioni inusitate e caratteristiche nuove) ha acquisito un'evidenza tale da apparire l'orizzonte obbligato entro il quale collocare (e ripensare) le nostre categorie.

Quale sia la prima, predestinata vittima di questa epocale trasformazione è facile dire: lo Stato. È lo Stato ad apparire, se non travolto, certo scosso dall'onda d'urto della 'globalizzazione'. Nonostante alcune (frettolose) dichiarazioni di morte presunta degli Stati, la loro condizione di salute è in realtà meno precaria di quanto avremmo potuto attenderci: gli Stati, e i sistemi normativi a essi riconducibili, sono ancora attori di tutto rispetto, pur con il drastico mutamento delle regole del gioco. Sono però venute a mancare le condizioni su cui una plurisecolare tradizione aveva fatto leva per indicare nello Stato il motore della storia e il centro unico ed esclusivo dell'ordine politico-giuridico: in una parola, è venuta a mancare la possibilità di una rappresentazione 'monistica' dell'or-

dine, con la conseguente (già scritta e lungamente preparata) vittoria dell'antonimo 'pluralistico'.

Anche in un mondo caratterizzato da una debordante pluralità di forme e di norme gli Stati sono attori importanti, ma non sono i padroni della partita <sup>(208)</sup>, perché devono confrontarsi con fenomeni sociali, economici, politici di portata ubiquitaria, transnazionale, transfrontaliera: dal commercio internazionale al terrorismo, ai fenomeni migratori, alle imprese multinazionali, si moltiplicano i processi per la cui regolamentazione i collaudati strumenti degli ordinamenti statuali appaiono manifestamente insufficienti. Quando poi si guardi alle dinamiche interne alle società che trovano nello Stato la loro principale armatura giuridica, emergono fenomeni che sollecitano, di nuovo, un approccio 'pluralistico'. Si pensi, ad esempio, al problema dei popoli nativi <sup>(209)</sup> e al rapporto dei loro ordinamenti giuridici con l'ordinamento statale; oppure si guardi alla complessa interazione fra l'Unione Europea e gli Stati membri, che ha indotto a parlare di 'pluralismo costituzionale' <sup>(210)</sup>.

---

<sup>(208)</sup> « Sometimes state law is very powerful, sometimes it is weak, but rarely is it completely irrelevant or lacking in features that distinguish it from other competing official legal or normative systems. State law is in a unique symbolic and institutional position that derives from the fact that it is state law — the state holds a unique (domestic and international) position in the contemporary political order » (TAMANAH, *Understanding Legal Pluralism*, cit., p. 411).

<sup>(209)</sup> Cfr. B. CLAVERO, *Indigenous People and Non-Indigenous Law between Mexico and the United States (1785-2003)*, in « Quaderni fiorentini », 32 (2003), pp. 176-290; ID., *Freedom's Law and Indigenous Rights. From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection-University of California, 2005; J. CLIFFORD, *Returns. Becoming Indigenous in the Twenty-First Century*, Cambridge (MA)-London, Harvard University Press, 2013; T. DUVE, *Indigenous Rights in Latin America: A Legal Historical Perspective*, in « Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series » No. 2017-02 ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2976301#](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976301#)); M. COYLE, *E Pluribus Plures: Legal Pluralism and the Recognition of Indigenous Legal Orders*, in *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, cit., pp. 805-32; D. NEWMAN, *Indigenous Rights and Intrastate Multijuridicalism*, ivi, pp. 832-46; K. GOVER, *Legal Pluralism and Indigenous Legal Traditions*, ivi, pp. 847-78.

<sup>(210)</sup> Cfr. M. LA TORRE, *Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law*, in « Ratio Juris », 12 (1999), 2, pp. 182-95; N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in « Modern Law Review », 65 (2002), 3, pp. 317-359; V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *La Costituzione Europea "multilivello" tra garanzie di omogeneità e*

Il 'pluralismo' trionfa e stimola la creazione di metafore adeguate a una nuova rappresentazione dell'esperienza politico-giuridica. È questo il senso della proposta, avanzata da François Ost e da Michel van de Kerchove, di sostituire all'antica metafora della 'piramide' la nuova metafora della 'rete': un'innovazione linguistico-concettuale efficace per alludere al passaggio da un'idea di ordine come organizzazione gerarchica alla rappresentazione di un intreccio o viluppo di relazioni 'orizzontali'.

Finisce il regno dell'antica e persistente metafora della 'verticalità' <sup>(211)</sup>: l'immagine di un potere posto 'in alto' e 'al centro' per poter svolgere la sua funzione ordinante. L'esaurimento della 'verticalità' sovrana è peraltro un fenomeno sottolineato da alcuni protagonisti della riflessione teorico-politica tardo-novecentesca pure in assenza di espliciti riferimenti a un modello 'pluralistico': si pensi alla decostruzione foucaultiana della sovranità e alla teoria sistemica di Luhmann, per il quale, contro la tradizione che egli definisce « vetero-europea », la società « articolata in sottosistemi *non dispone di alcun organo centrale. È una società senza vertice e senza centro* » <sup>(212)</sup>.

Con l'indebolimento della metaforica della 'verticalità' e in sintonia con la dimensione 'orizzontale' della 'rete' nuovi concetti entrano in sinergia con il paradigma 'pluralistico'. Un esempio importante è offerto dal concetto di *governance*: che, in alternativa

*identità plurali*, in *The European Constitution in the Making*, a cura di I. Pernice, R. Miccù, Baden Baden, Nomos Verlag, 2003, pp. 53-92; *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, M. Avbelj, J. Komárek (eds.), Oxford, Hart, 2012; « Costituzionalismo.it », 3 (2016) (*Crisi e conflitti nell'Unione Europea: una prospettiva costituzionale*); G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in « Diritto pubblico comparato ed europeo », 3 (2018), pp. 781-812.

<sup>(211)</sup> Cfr. C. GINZBURG, *High and low: the theme of forbidden knowledge in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, in « Past & Present », 73 (1976), pp. 28-41; F. RIGOTTI, *Metafore della politica*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 85 e ss.

<sup>(212)</sup> N. LUHMANN, *Teoria politica nello Stato del benessere*, a cura di R. Sutter, presentazione di R. Ardigò, Milano, FrancoAngeli, 1983, pp. 54-55. Cfr. E. DE CRISTOFARO, *Sovranità in frammenti. La semantica del potere in Michel Foucault e Niklas Luhmann*, Verona, Ombre Corte, 2007. Mi permetto di rinviare anche a P. COSTA, *In alto e al centro: immagini dell'ordine e della sovranità fra medioevo ed età moderna*, in « Diritto pubblico », X (2004), 3, pp. 815-849.

alla logica ‘discendente’ del *government*, mette a fuoco l’interazione non gerarchica ma cooperativa fra una pluralità di ordinamenti e di soggetti <sup>(213)</sup>. È in particolare l’Unione Europea che, con il suo caratteristico ‘pluralismo costituzionale’, è apparsa come « un condominio, un consorzio, una costellazione di istituzioni, una fusione di funzioni di governo, una struttura di reti di ‘governance’ » <sup>(214)</sup>.

Agli osservatori odierni, ormai convinti del tramonto delle teorie ‘monistiche’, l’esperienza politico-giuridica rivela una fenomenologia di forme socio-giuridiche e di sistemi normativi assai più varia e complessa di quella che i ‘pluralisti’ otto-novecenteschi potevano mettere a fuoco. Finché erano in auge le pretese egemoniche del modello ‘monista’, la teoria ‘pluralistica’, se da un lato tentava di mostrare la varietà, la rilevanza e l’autonoma consistenza dei gruppi socio-giuridici, dall’altro lato era indotta a confrontarsi comunque, direttamente o indirettamente, con l’incombente ‘fantasma’ statale. E la ‘pluralità’ che essa metteva in luce era per lo più un arcipelago di isole compiutamente definite: in comunicazione fra loro, ma pur sempre chiaramente caratterizzate da precisi confini.

L’attuale teoria ‘pluralistica’ si confronta invece con una morfologia socio-giuridica più complessa e insiste nel mettere in luce, in essa, non tanto o non soltanto la coesistenza di ordinamenti dai confini perfettamente definiti, quanto piuttosto le sovrapposizioni delle formazioni socio-giuridiche, la mobilità delle loro frontiere nel gioco delle loro continue interazioni. È in questa prospettiva che è divenuta una parola-chiave del nuovo approccio ‘pluralistico’ il termine, teorizzato da Bhaba <sup>(215)</sup> e coltivato dai *Postcolonial Studies* <sup>(216)</sup>, di ‘*hybridity*’: un termine che nasce per sottolineare il

<sup>(213)</sup> Si vedano i chiarificanti contributi di Maria Rosaria Ferrarese. Cfr. M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, il Mulino, 2010; « Parole-chiave », 2016, 56 (*Governance*). Cfr. anche S. CHIGNOLA, *In the Shadow of the State. Governance, governamentalità, governo*, in *Governance: oltre lo Stato?*, a cura di G. Fiaschi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, pp. 117-141.

<sup>(214)</sup> S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 6.

<sup>(215)</sup> H.K. BHABHA, *The Location of Culture*, London-New York, Routledge, 1994.

<sup>(216)</sup> Cfr. *Colonial Discourse and Post-colonial Theory*, P. Williams, L. Chrisman (eds.), New York, Columbia University Press, 1994; B. ASHCROFT, G. GRIFFITHS, H. TIFFIN, *Post-colonial Studies. The Key Concepts*, London, Routledge, 2000; R.J.C. YOUNG,

carattere essenzialmente mobile di ogni cultura (contro definizioni ‘essenzialistiche’ e ‘identitarie’) e la connessione, il *métissage*, fra mondi diversi. ‘Ibridazione’ è appunto la parola di cui la nuova teoria ‘pluralistica’ si appropria per dar conto del costitutivo ‘disordine’ dell’odierna fenomenologia socio-giuridica <sup>(217)</sup>.

Se le formazioni socio-giuridiche esistono e operano in una complessa sinergia (conflittuale e cooperativa), l’esperienza giuridica, in generale, si dispiega non tanto o non soltanto entro un singolo ordinamento rigidamente delimitato, quanto in una ‘terra di mezzo’, in uno spazio di ‘interlegalità’ delimitato dai punti di intersezione fra ordinamenti diversi: « our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by interlegality. Interlegality is the phenomenological counterpart of legal pluralism [...] » <sup>(218)</sup>.

Di fronte a una morfologia socio-giuridica così frastagliata e diversificata, gli strumenti del ‘pluralismo’ otto-novecentesco (da Gierke a Romano, a Laski, a Maine, a Malinowski) appaiono, se non inadeguati, insufficienti. Con apparente paradosso, proprio nel momento del suo incontrastato trionfo, il paradigma ‘pluralistico’ sembra essere ancora alla ricerca di una teoria sufficientemente ‘potente’. Il paradosso è apparente perché il ‘pluralismo’, che si era storicamente sviluppato sull’asse di una relazione antonimica che aveva all’altro estremo il ‘monismo’ statual-nazionalistico-occidentalistico, si trova improvvisamente privo del suo termine

*Postcolonialism. An Historical Introduction*, Oxford, Blackwell, 2001; *The Cambridge Companion to Postcolonial Literary Studies*, N. Lazarus (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

<sup>(217)</sup> « Hybridity is messy, but it is the necessary condition of a deterritorialized world where multiple overlapping communities seek to apply their norms to a single act or actor » (P. SCHIFF BERMAN, *Global Legal Pluralism*, in « Southern California Law Review », 80 (2007), 6, pp. 1235-1236).

<sup>(218)</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in « Journal of Law and Society », 14 (1987), 3, p. 298. Cfr. *The Challenge of Inter-legality*, J. Klabbers, G. Palombella (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2019. Si vedano le interessanti osservazioni di E. SCODITTI, *Lo scenario dell’inter-legalità* ([https://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-scenario-dell-inter-legalita\\_22-04-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-scenario-dell-inter-legalita_22-04-2020.php)). Cfr. anche P. PAROLARI, *Migrazioni, interlegalità, pluralismo giuridico. Prospettive giusfilosofiche*, in « Rivista di filosofia del diritto », VII (2018), 1, pp. 33-50.

opposizionale ed è costretto a ripensarsi per riempire il vuoto provocato dalla sconfitta del suo ‘nemico’ e ad alzare il tiro: a trovare nel ‘disordine’ dell’esperienza, nel labirinto delle ‘ibridazioni’, un filo di Arianna che conduca a qualche nuova immagine di ‘ordine’ post-statuale e post-nazionale <sup>(219)</sup>.

---

<sup>(219)</sup> Vanno in questa direzione, mi sembra, le riflessioni (pur diversissime fra loro) di Gunther Teubner (G. TEUBNER, *Legal Pluralism in the World Society*, in *Global Law Without a State*, Id. (ed.), Dartmouth, Brookfield, 1997, pp. 3-28) e di Mireille Delmas-Marty (M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, II, Paris, Seuil, 2006). Cfr. le interessanti considerazioni di M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 293 e ss. Cfr. anche B. DUPRET, *Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification*, in « *European Journal of Legal Studies* », I (2007), 1, pp. 296-318. Una proposta di grande respiro storico-teorico è avanzata da A.M. HESPANHA, *Pluralismo jurídico e direito democrático. Prospetivas do direito no século xxi*, Coimbra, Almedina, 2019.

FRANCESCO D'URSO

## STATO, PERSONE COLLETTIVE E DIRITTO SOCIALE: L'ORDINE PLURALE DI OTTO VON GIERKE

1. Premessa. Temi pluralisti del pensiero gierkiano. — 2. *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Un progetto giuridico per il futuro del popolo tedesco. — 2.1. I bersagli polemici. — 2.2. I conflitti del presente. — 2.3. Storia e futuro: soggettività germanica e persone collettive. — 2.4. Storia e futuro: la città medievale modello giuridico. — 3. Popolo, Stato, diritto. — 4. Il *'Sozialrecht'*.

### 1. *Premessa. Temi pluralisti del pensiero gierkiano.*

Considerato non a torto il punto d'avvio delle ricostruzioni giuridiche pluralistiche tra Otto e Novecento <sup>(1)</sup>, a cento anni dalla morte Otto von Gierke rimane un fondamentale riferimento teorico. Nel suo pensiero il tema (che poi è stato definito) 'pluralismo giuridico' non si esaurisce nella celebrazione di un passato popolato da protagonisti collettivi spontanei. La proposta giuridica gierkiana, tutta incentrata sulla socialità, ha svolto nel contesto tedesco dominato da istanze statualistiche e individualistiche una funzione critica e progettuale: sollecitato dai cambiamenti imposti dall'unificazione del *Reich* prima, e dalle dinamiche economico-politiche poi, Gierke ha percorso spazi storici e teorici inesplorati dalla riflessione giuri-

---

(1) P. COSTA, *"Oltre lo Stato". Teorie "pluralistiche" del primo Novecento*, in *Agire associativo e sfera pubblica*, a cura di M. Bortolini, («Sociologia e politiche sociali», V (2002), 1), pp. 11-35; S. MEDER, *Doppelte Körper im Recht. Traditionen des Pluralismus zwischen staatlicher Einheit und transnationaler Vielheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 9-11 e *passim* (il volume intende peraltro rivalutare il ruolo che il pluralismo delle fonti giuridiche ha avuto sin dall'origine della Scuola storica nel pensiero di Savigny); F. DE VANNA, *Dalla pluralità delle fonti al rapporto tra ordinamenti. Itinerari "imprevisti" del pluralismo giuridico*, Modena, Mucchi, 2019, pp. 31-36. Gierke è inspiegabilmente assente nelle premesse storiche di R. SEINECKE, *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 55 e ss.

dica a lui contemporanea, individuando al loro interno le coordinate per il progresso della nazione tedesca.

In alternativa alle analisi imperanti, che incentravano il diritto privato sulla volontà del soggetto individuale e il diritto pubblico sul potere sovrano dello Stato, Gierke ha scelto come ambito di osservazione la *Genossenschaft* germanica, sviluppando un'idea dal suo maestro Beseler. *Genossenschaft* era, ancor prima che un tipo di associazione, una modalità consociativa profondamente radicata nei popoli germanici, un vero e proprio atteggiamento organizzativo basato su forme di solidarietà e cooperazione, che ha incrociato nel corso dei secoli tutte le manifestazioni sociali (politiche, economiche, religiose), manifestandosi o puro o in combinazione con il suo opposto, il principio di *Herrschaft*, in cui invece era condensato il momento dell'autorità. Questo innovativo binomio è divenuto strumento di analisi per l'inquadramento storico-concettuale tanto dello Stato quanto di tutte le altre organizzazioni collettive, dai comuni alle comunità religiose fino alle libere associazioni create per i più vari scopi. A differenza dei modelli ordinanti proposti dalla cultura giuridica romanistica e dal pensiero politico della modernità, le *Genossenschaften* si prestavano a formare una catena ininterrotta sul piano temporale e spaziale, verticalmente e orizzontalmente, con l'effetto di ridefinire le relazioni fra Stato e società.

Questi esiti non hanno mancato di suscitare reazioni critiche. Se ne è ipotizzato il carattere nostalgico del medioevo<sup>(2)</sup>; altre obiezioni hanno riguardato la *Genossenschaftstheorie* specificamente per come raffigura l'ordine politico, in particolare nel primo dei vari *revivals* di interesse verso Gierke, durante gli anni Trenta<sup>(3)</sup>. Si può

---

(2) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimono. Problematica e modelli dell'epoca*, trad. it. di P. Schiera, Milano, Giuffrè, 1970, p. 189.

(3) Senza alcuna pretesa di offrire una bibliografia completa sull'uomo, l'opera e la fortuna, si fa riferimento ad alcuni lavori di inquadramento generale: E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1963<sup>4</sup>, pp. 669-712; H. THIEME, *Was bedeutet uns Otto von Gierke?*, in *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, a cura di M. Harder e G. Thielmann, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, pp. 407-424; M. PETERS, *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841-1921)*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2001; A. JANSSEN, *Die bleibende Bedeutung des Genossenschaftsrechts Otto von Gierkes für die Rechtswissenschaft*, in

notare come le valutazioni sfavorevoli provenissero non solo da parte di chi, come Carl Schmitt, riteneva che l'equiparazione sostanziale dello Stato agli altri gruppi, dovuta alla comune natura *genossenschaftlich*, minasse potenzialmente l'unità dello Stato e la sua sovranità, come poi fu effettivamente teorizzato dai pluralisti inglesi (4); ma anche da chi, ad esempio Georges Gurvitch — autore del fronte pluralista ampiamente debitore verso Gierke —, osservava proprio che l'equiparazione non fosse condotta fino in fondo, fino alla conseguenza di immaginare che il « diritto sociale » prodotto dai gruppi potesse prescindere dalla presenza dello Stato e all'occorrenza prevalere su quello dello Stato (5).

Queste due tesi, che toccano la questione centrale dei rapporti fra lo Stato e la pluralità di presenze collettive al suo interno, giudicano il pensiero di Gierke secondo una coerenza esterna, in parte estranea al contesto storico e alle finalità che perseguiva. Non è dunque superfluo prendere o riprendere in considerazione la *Genossenschaftstheorie* attraverso la lente specifica della visione pluralista del diritto, per chiedersi prima di tutto quali impulsi abbiano concentrato il *focus* del giurista sul ruolo dei gruppi sociali. Ciò perché, comunque si siano ramificate in seguito le teorie del pluralismo giuridico, non si può trascurare che il pluralismo giuridico è divenuto pensabile grazie a Gierke, ma al contempo il modello pluralistico di Gierke va storicizzato.

La longevità scientifica e la vastità di interessi rendono neces-

---

« Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung », CXXII (2005), pp. 352-366. La figura di Gierke ha un posto centrale anche nei due ampi volumi di T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, e F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht*, Frankfurt am M., Klostermann, 2008. I numerosi saggi su Gierke di G. DILCHER sono ora raccolti nel volume *Die Germanisten und die historische Rechtsschule. Bürgerliche Wissenschaft zwischen Romantik, Realismus und Rationalisierung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2017.

(4) C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, München, Duncker & Humblot, 1932, p. 13; pp. 28-29; ID., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004<sup>8</sup>, pp. 31-32.

(5) G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinaire depuis le 17<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin 19<sup>e</sup> siècle* (1932), Aalen, Scientia Verlag, 1972, p. 566.

sario considerare il pensiero di Gierke come un *work in progress* nato in risposta a circostanze determinate. Gierke andava elaborando le sue teorie senza forzature formalistiche, animato da un vivace impegno civile, se non addirittura dalla fede nel valore della socialità. Lui stesso, pubblicando dopo più di 40 anni dall'esordio il IV volume della sua opera più famosa, il *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, ebbe a ribadire che il suo lavoro solitario non era mai giunto a completezza, mentre nel frattempo la prima parte risultava già superata dalla vita <sup>(6)</sup>.

La 'prima vita' delle teorie classificabili come pluraliste è dunque intrisa d'una specifica storicità. Prima di sbarcare oltremarina e oltreoceano <sup>(7)</sup>, d'essere apprezzata in Francia e Italia <sup>(8)</sup>, la *Genossenschaftstheorie* vive la sua parabola: mai completamente perfezionata, in parte marginalizzata proprio nel paese d'origine, audace fino al punto di aleggiare dentro l'Assemblea costituente

---

<sup>(6)</sup> O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin, Weidmann, 1868; II, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlin, Weidmann, 1873; III, *Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, Weidmann, 1881; IV, *Staats- und Korporationslehre der Neuzeit*, Berlin, Weidmann, 1913 (le considerazioni riportate si leggono nel *Vorwort*).

<sup>(7)</sup> L'interesse del mondo angloamericano per Gierke, inaugurato dalla traduzione di Maitland della storia del pensiero politico contenuta nel volume III del *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, rappresenta un capitolo a sé stante della eredità culturale di Gierke, nonché della storia del pluralismo giuridico. La ricchissima letteratura giuridica di lingua inglese riconosce concorde l'influenza di Gierke, tramite Maitland, sulla scuola dei pluralisti inglesi Laski, Figgis, Cole, Barker. In America la teoria gierkiana della persona giuridica, applicata a inizio Novecento in alcuni casi giurisprudenziali, entra comunemente nelle riflessioni teoriche sulla soggettività delle *corporations*. Gierke fu anche ad Harvard a ricevere una laurea *ad honorem*. Solo per citare le indagini più recenti e di interesse storico, si possono ricordare M. DREYER, *German Roots of the Theory of Pluralism*, in « Constitutional Political Economy », IV (1993), 1, pp. 7-39; R. HARRIS, *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business*, in « Washington and Lee Law Review », LXIII (2006), 4, <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol63/iss4/7>, pp. 1421-1478.

<sup>(8)</sup> Con riferimento al debito di Santi Romano verso Gierke: M. FUCHS, *La « Genossenschaftstheorie » di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », IX (1979), 1, pp. 65-80.

riunita a Weimar <sup>(9)</sup> mentre l'oramai anziano giurista ribadiva per l'ultima volta che la complessità dell'ordine politico doveva rimandare a un'unità storica e organica del popolo tedesco non sostituibile da alcun decisionismo costituente <sup>(10)</sup>.

Tutto ciò non toglie che il policentrismo politico e giuridico possa essere considerato nell'insieme — e retrospettivamente — la cifra costante intorno a cui ruota la visione gierkiana dello Stato e della società, anche se non in forma sistematica.

Si possono individuare a questo proposito diversi percorsi, legati a opere e momenti differenti, intrecciati fra loro dal rimando a problemi comuni. In particolare, la *Genossenschaftstheorie* può essere valutata con specifico riguardo alla sua dimensione storica, poi per il suo significato rispetto allo Stato, infine per lo spazio giuridico, il *Sozialrecht*, a cui ha dato origine.

## 2. Das deutsche Genossenschaftsrecht. *Un progetto giuridico per il futuro del popolo tedesco.*

### 2.1. *I bersagli polemici.*

Nella prima opera di Gierke, il *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, sono poste le premesse delle teorie che egli sviluppò nel corso dell'intera vita.

L'unificazione tedesca era ancora di là da venire, pur essendo già intrapreso il cammino. Gli anni immediatamente precedenti vivevano un fervore che traspare in diverse opere giuridiche innovative <sup>(11)</sup>, fra le quali nel 1868 spicca proprio l'esperimento del giovanissimo Gierke, pronto col suo primo volume a sostenere l'abilitazione.

Il progetto originario prevedeva di analizzare il *Genossenschaftsrecht* da due angolature complementari: in un primo volume se ne sarebbe ricostruita la storia; nel secondo se ne sarebbero

<sup>(9)</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 233.

<sup>(10)</sup> O. VON GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, Berlin, Weidmann, 1919.

<sup>(11)</sup> M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, II, *Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione. 1800-1914*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 467.

studiati i principi<sup>(12)</sup>. La seconda parte però dovette essere suddivisa ulteriormente perché, dopo aver impiegato un intero volume (il secondo, 1873) per ricostruire l'autentico modello germanico, a suo giudizio identificabile con la *Körperschaft* dotata di personalità giuridica degli ultimi secoli del medioevo, Gierke voleva metterlo a confronto con le dottrine introdotte dalla recezione del diritto romano-canonico, ancora dominanti ai suoi giorni, per poter poi terminare con l'analisi di quel che il diritto corporativo germanico avrebbe dovuto essere nel presente, o sarebbe meglio dire nel futuro. La sezione dedicata al diritto straniero divenne un volume autonomo, il terzo del 1881, di per sé una storia monumentale del pensiero giuridico e politico fino alla fine del medioevo. A quel punto Gierke accantonò gradualmente l'*opus magnum*, che rimase incompiuto e sostanzialmente limitato alla storia giuridica. Il quarto volume del 1913, sulle dottrine dell'età moderna, è frammentario e incompleto rispetto al piano originale. Tuttavia, si può ritenere che il suo primo ventennio di attività scientifica abbia seguito un percorso coerente, che comprende — come si vedrà — uno studio su Althusio (1880) e vari interventi nei dibattiti sul diritto pubblico del II Reich; anche l'ampia monografia del 1887, ufficialmente non compresa nel progetto iniziale, affrontava la *Genossenschaftstheorie* nella giurisprudenza più recente<sup>(13)</sup>. Fu il processo formativo del codice civile a dirottare in gran parte altrove le energie dello studioso<sup>(14)</sup>.

L'interesse del volume d'esordio sta nei diversi livelli di lettura possibili. La dimensione storica è a prima vista preponderante: il

---

(12) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 6: per il primo volume era previsto un metodo definito 'storico', che mostrasse l'evoluzione fino al presente, dando quindi provvisoriamente per presupposto l'oggetto da conoscere; nel secondo volume un metodo 'giuridico', utilizzando il materiale storico analizzato in precedenza per delineare il concetto di *Genossenschaft* germanica.

(13) O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887: il senso di continuità del proprio lavoro fa dire all'autore nel *Vorwort* (pp. VI-VII) che questa opera, se da un lato interrompe il suo grande progetto storico, dall'altro lo alleggerisce di parte delle questioni del presente e ne dimostra l'utilità nella pratica.

(14) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, IV, cit., nel *Vorwort* ricostruisce l'iter formativo dell'opera e le sue lacune.

libro percorre in ordine cronologico due millenni, a cominciare dagli originari ordinamenti germanici narrati da Tacito, si sofferma sull'età feudale e in seguito sul medioevo maturo, ma svela le intenzioni profonde del suo autore solo nell'ultima parte. Questa infatti è dedicata alla descrizione congiunta di due distinte epoche, compenetrata fra loro ma secondo Gierke antitetiche<sup>(15)</sup>: l'oppressivo Stato di polizia dei secoli precedenti e il presente dalla configurazione ancora incerta, intrappolato nelle pastoie del passato, per quanto si potesse già intravedere il tracciato che avrebbe condotto il popolo tedesco verso la piena libertà, grazie al fenomeno in ascesa della *freie Assoziation*.

Gierke riteneva (o il suo era piuttosto un auspicio) che il *Genossenschaftswesen*, riemerso sotto nuove spoglie, avrebbe garantito l'inclusione e la partecipazione alla vita della nazione di tutti gli strati della società tedesca, esaltandone la ricca varietà. L'approdo cronologico del volume era in realtà un punto d'avvio: un presente ancora schiacciato dall'eredità dello Stato di polizia, insoddisfacente, incompiuto, in un quadro nazionale privo di unità; in cui però si faceva largo una tendenza alternativa, a uno stadio ancora così iniziale da essere, per forza di cose, giuridicamente immatura.

I bersagli polemici del giovane Gierke erano sia le forze reazionarie responsabili del fallimento del '48-49, sia le ideologie liberali che promuovevano un individualismo astratto, cui faceva da unico contrappeso l'onnipotenza dello Stato. Nella sua analisi, i secoli dell'età moderna erano stati caratterizzati nell'area germanica dall'eccessivo rafforzamento del principio di *Herrschaft*, che si era tradotto nella presenza opprimente dello Stato concepito come altro dal popolo, pronto ad assumersi in esclusiva il compito di rappresentare l'interesse pubblico, di creare dall'alto ordine e diritto in ogni contesto territoriale e personale. La funzione principale di questo Stato autoritario era una politica di monopolio del bene pubblico: una 'polizia' da esercitare mediante la sottoposizione di tutta la società e di ogni individuo a stretta tutela<sup>(16)</sup>.

La postura autoritaria dello Stato aveva avuto contemporaneamente l'effetto di liberare gli individui da ogni altra soggezione, una

---

(15) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., pp. 10-11, p. 638 e ss.

(16) Ivi, p. 642 e ss.

volta devitalizzati i poteri intermedi. Si erano affievolite le differenze di *status*, grazie anche all'emancipazione del ceto contadino, e ci si era incamminati verso l'uguaglianza dei sudditi, tutti soggetti allo stesso potere e alla stessa legge. Eppure, la libertà e l'uguaglianza raggiunte, di certo incomplete, escludevano a priori ogni partecipazione attiva ai diritti politici: la combinazione di assolutismo statale e individualismo era per Gierke la tomba della vera libertà, perché polverizzava il popolo ed esasperava la centralizzazione, cancellando la spontanea varietà dei gruppi sociali. La 'polizia' era intrinsecamente nemica di tutte le forze che avrebbero potuto assumersi in autonomia la cura di ambiti della *salus publica*: le antiche comunità di matrice medievale, perciò, avevano dovuto trasformarsi in istituzioni statali oppure recedere completamente nel territorio del diritto privato, dove erano soggette a limitazioni e controlli stringenti (17).

Le dinamiche connaturate allo stato moderno erano amplificate poi da altri fattori. Tanto il diritto romano quanto le filosofie giusnaturalistiche di Hobbes e Rousseau avevano assecondato docilmente l'assolutismo statale e le visioni individualistiche (18) a scapito di tutte le forme organizzative intermedie. La rivoluzione francese, se da un lato aveva attuato libertà e uguaglianza, dall'altro aveva trasformato lo Stato in una macchina estranea al popolo.

Nel 1868 l'area tedesca era ancora saldamente ancorata a questi assetti, rispetto ai quali la lettura gierkiana conteneva un convinto giudizio di disvalore. Nonostante i progressi garantiti dall'uniformità amministrativa, nonostante l'abbandono di privilegi cetuali e vincoli feudali, ai suoi occhi era prevalente la continuità col passato illiberale, di cui avevano fatto le spese le organizzazioni tipiche del medioevo germanico, ridotte a larve o completamente defraudate del loro significato comunitario più profondo (19).

Considerando queste premesse si può comprendere il senso del programma di lavoro del giovane studioso, compendiato nella solenne frase iniziale del I volume: « Was der Mensch ist, verdankt er der Vereinigung von Mensch und Mensch » (20). All'individuo

---

(17) Ivi, pp. 645-646.

(18) Ivi, p. 647 e ss.

(19) Ivi, p. 651.

(20) Ivi, p. 1.

isolato delle filosofie razionalistiche, dotato di diritti innati, Gierke preferiva un essere umano inimmaginabile fuori dal tessuto delle relazioni sociali. L'umanità manifesta nella storia la tendenza naturale a marciare verso la propria unità, che però potrà dirsi definitiva solo quando saranno realizzate in maniera compiuta anche le condizioni per garantire la libertà dei gruppi inferiori e degli individui. *Einheit e Freiheit*: il confronto fra queste due forze rappresenta « eine der mächtigsten Bewegungen in der Geschichte » e determina il progresso della civiltà.

La tesi di Gierke era che l'eterna dialettica fra unità e libertà potesse trovare — finalisticamente — una conciliazione armoniosa nella (presunta) predisposizione dei popoli germanici a creare associazioni dotate di autonomia, ciascuna delle quali fosse in grado di includerne altre e rimanere ugualmente parte di quelle superiori senza perdere la propria identità <sup>(21)</sup>. Solo queste *Genossenschaften* potevano evitare il prevalere rovinoso degli estremi, lo sfrenato egoismo individuale e l'oppressiva unità centralizzatrice dello Stato.

Questa soluzione, che non si faticherebbe a definire pluralistica, era peraltro inseparabile dalla consapevolezza che fossero indispensabili, quali condizioni dell'ordine sociale, le relazioni di tipo potestativo, i meccanismi di dominio e soggezione (*Herrschaft*) con i quali lo Stato garantisce unità. Solo attraverso la forma statale, del resto, la Germania avrebbe potuto trovare finalmente, ultima fra le nazioni europee, la sua unità politica.

## 2.2. *I conflitti del presente.*

L'alternativa più credibile all'attuale stato di cose e la più sicura garanzia per il futuro del popolo tedesco era dunque il rigoglio associativo che aveva appena iniziato a manifestarsi, in particolare dopo il 1848 <sup>(22)</sup>. Il nuovo *Assoziationsbewegung* non contemplava organismi corporativi chiusi simili a quelli dei secoli immediatamente precedenti, costretti dall'incombenza dello Stato a divenire gelosi custodi dei propri privilegi. Gierke apprezzava nel nuovo fenomeno la creatività fluida e spontanea del popolo, che

---

<sup>(21)</sup> Ivi, p. 4.

<sup>(22)</sup> Ivi, p. 656.

permetteva agli individui di partecipare a numerosissime associazioni e a queste ultime di incrociarsi variamente fra loro su molteplici piani <sup>(23)</sup>. Con tempestività egli ha riannodato in un unico filo manifestazioni anche molto diverse, per rintracciarne la comune ispirazione, convinto che il popolo tedesco fosse finalmente destinato a scrollarsi di dosso i resti del recente passato se solo si fossero valorizzati questi segnali di novità.

Come trascurare, ad esempio, che nel diritto pubblico la strada del cambiamento era stata inaugurata da una riforma prussiana di breve durata, eppure esemplare? Nel 1808 la *Städteordnung* di Freiherr von Stein aveva riplasmato la configurazione giuridica dei comuni, sottraendoli al destino che li declassava a istituzioni amministrative statali locali <sup>(24)</sup>. Grazie alla riforma il comune aveva recuperato il carattere di organismo collettivo autonomo capace di amministrarsi da sé; ancorché il rapporto tra Stato e comuni fosse rimasto ispirato a moduli gerarchici, le istituzioni cittadine erano tornate a identificarsi con la loro popolazione, ad essere comunità viventi.

Gierke però era impressionato soprattutto dal diffondersi di associazioni personali volontarie, nelle quali si manifestava allo stato puro un senso di appartenenza comune e di collaborazione orizzontale. La rilevanza di questi sviluppi è dimostrata dalle oltre duecento pagine che ne trattano. Rispetto alle corporazioni atrofiche del vecchio Stato di polizia, le nuove forme traevano alimento dalla libertà di associazione riconosciuta, non senza cautele, dopo il 1848 <sup>(25)</sup>: il pluralismo associativo non era però semplice espressione della libertà individuale di associazione, né uno strumento predisposto dallo Stato per affrontare le questioni sociali, ma un prodotto spontaneo della società.

Gierke descrive una miriade di gruppi per ricavarne modelli generalizzabili. Una schiera di associazioni è catalogata secondo le

---

<sup>(23)</sup> Ivi, p. 652 e ss.

<sup>(24)</sup> Ivi, p. 715. L'ispirazione comunitaria di questa riforma venne ribadita da Gierke anche tempo dopo, in un discorso pubblico per celebrare il compleanno dell'Imperatore: O. VON GIERKE, *Die Steinsche Städteordnung*, Berlin, Universitäts-Buchdruckerei, 1909.

<sup>(25)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 888 e ss.

finalità, le caratteristiche degli associati, le modalità organizzative: società religiose, scientifiche, intellettuali; *clubs* per la tutela dell'arte o della cultura; associazioni giovanili, educative, filantropiche, di tutela dei deboli o di rappresentanza degli interessi professionali e settoriali (26). Anche le aperture comparatistiche ricorrenti in queste pagine servivano a ricordare ai lettori tedeschi il ruolo determinante svolto dai partiti politici e dall'associazionismo in Inghilterra e America, nazioni ritenute capaci di autentico slancio associativo (27).

L'interesse maggiore era però riservato alle associazioni con finalità economica. Si entrava nel vivo della delicata partita che la borghesia tedesca stava giocando per affermare la sua forza. La ripresa della libertà in questo campo era un fatto recente (28), che andava di pari passo con l'affermarsi dell'impresa capitalistica e della produzione industriale; lo sviluppo impetuoso pagava tuttavia lo scotto di profonde lacerazioni sociali dovute alle condizioni dei lavoratori e alla lotta fra classi.

Questa parte è il vero motore dell'opera di esordio: non è fuori luogo crederlo, se solo si pensa che nel suo complesso il progetto gierkiano doveva approdare a soluzioni giuridiche per i problemi del presente, anche se poi quanto effettivamente realizzato è rimasto limitato, per motivi del tutto contingenti, alla ricostruzione storica.

I toni di Gierke erano quelli di un liberale sensibile ai temi della solidarietà e della pace sociale. Stava avvenendo che i possessori di capitali concentrassero ogni potere nelle proprie mani: all'interno degli organismi economici dominati dal capitale il lavoro rimaneva semplice strumento e i lavoratori erano ridotti a una massa anonima priva di diritti, esattamente come i sudditi dello Stato assoluto (29). La mancanza di autonomia economica del lavoratore si ripercuoteva su tutti gli aspetti della sua vita, lasciandone sopravvivere la soggettività solo in astratto. Anche l'esistenza del popolo era messa in pericolo, perché sotto l'influenza delle grandi signorie economiche scomparivano gli organismi minori incapaci di competere e si acuivano le differenze fra possidenti e non possidenti, senza

---

(26) Ivi, p. 893 e ss.

(27) Ivi, pp. 894-895; anche p. 3.

(28) Ivi, pp. 950-951.

(29) Ivi, p. 1037.

che la nazione fosse in grado di esercitare una qualche forma di mediazione <sup>(30)</sup>.

Una possibile soluzione era stata ravvisata dalle ideologie socialiste e comuniste nell'intervento statale. Gierke però condivideva solamente l'analisi del problema, non le proposte. Il dirigismo statale volto ad attuare un sistema economico giusto si sarebbe risolto o in una forma di dispotismo dell'uguaglianza o in una regolamentazione ferrea, rispetto a cui perfino i metodi dello Stato di polizia sarebbero stati poca cosa. Stavano a dimostrarlo gli avvenimenti francesi del '48; ma anche ricette più moderate, come quelle di Ferdinand Lassalle, avrebbero finito per dare ingresso nella vita economica a un'eccessiva burocratizzazione <sup>(31)</sup>. Se di intervento statale si doveva parlare, poteva essere concepito esclusivamente come collaborazione, nello spirito di un soccorso dell'insieme alle sue parti: dunque, il sostegno statale diretto avrebbe potuto essere solamente sussidiario, in tutti quei casi in cui non fosse possibile raggiungere altrimenti obiettivi comuni o salvaguardare una parte dei cittadini <sup>(32)</sup>, in linea con una concezione dello Stato come comunità etica e non come strumento delle lotte di classe.

L'unica strada praticabile in risposta alla crescente conflittualità era il bilanciamento spontaneo delle diverse forze, mediante organismi che attuassero nella sfera economica un indirizzo etico antitetico all'egoismo del profitto. Come l'esigenza di mettere a frutto il capitale era favorita soprattutto dalle società per azioni, nelle quali l'elemento patrimoniale prevaleva su quello personale, così la libertà degli individui privi di capitale — e di conseguenza l'equilibrio sociale — poteva simmetricamente essere garantita, secondo Gierke, tramite associazioni nelle quali fossero predominanti le risorse economiche personali, in particolare il lavoro, al fine di promuovere la *Selbsthilfe* fra i membri <sup>(33)</sup>.

Con ciò il giurista si allineava a una schiera di riformatori sociali di estrazione borghese, tutti con un bagaglio di esperienze e iniziative simili: i vari Victor Aimé Huber, Eduard Pfeiffer, Her-

---

<sup>(30)</sup> Ivi, p. 1038.

<sup>(31)</sup> Ivi, pp. 1039-1040.

<sup>(32)</sup> Ivi, pp. 1040-1041.

<sup>(33)</sup> Ivi, p. 1035.

mann Schulze-Delitzsch condividevano le preoccupazioni per la *soziale Frage* e l'interesse per l'associazionismo inglese e francese, invocavano — paternalisticamente — la *Selbsthilfe* delle classi svantaggiate sorretta da una forte ispirazione morale, investivano energie nella creazione di *Genossenschaften* dei più diversi tipi per alleviare materialmente le condizioni degli ultimi <sup>(34)</sup>.

Gierke guardava con interesse soprattutto alle *Genossenschaften* organizzate in Prussia da Schulze-Delitzsch <sup>(35)</sup> a partire dagli anni '50, sull'esempio delle *trade unions* inglesi e del movimento cooperativo francese <sup>(36)</sup>. Comuni fra i due erano i sentimenti liberali ispirati alla stagione del '48 (che Schulze-Delitzsch aveva vissuto da protagonista), comune era l'interesse per le scienze *lato sensu* sociali, tanto da figurare in seguito entrambi fra i soci del *Verein für Sozialpolitik*, insieme a figure quali Schmoller e Brentano <sup>(37)</sup>.

Riferendosi agli esperimenti di Schulze e alle recenti statistiche sulla galassia associativa, Gierke raggruppò scientificamente quattro principali categorie di *Genossenschaften* personali per scopi economici: associazioni di assicurazione (contro gli infortuni o i danni alle

---

<sup>(34)</sup> Ivi, p. 1038. Si veda H.-J. SCHOEPS, *Huber, Victor Aimé*, in « Neue Deutsche Biographie », 9 (1972), pp. 688-89 (URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118554107.html>). Fu autore di diverse opere, fra le quali: V.A. HUBER, *Reisebriefe aus Belgien, Frankreich und England*, Hamburg, 1855; ID., *Die genossenschaftliche Selbsthilfe der arbeitenden Klassen*, Elberfeld, 1865. Su Pfeiffer A. HERMANN, *Pfeiffer, Eduard*, in « Neue Deutsche Biographie », 20 (2001), pp. 316-317 (URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd119102714.html>); fra le sue opere E. PFEIFFER, *Über Genossenschaftswesen*, Leipzig, 1863. Per Schulze-Delitzsch si veda la nota seguente.

<sup>(35)</sup> Per un primo contatto con questo autore R. ALDENHOFF-HÜBINGER, *Schulze-Delitzsch, Hermann*, in « Neue Deutsche Biographie », 23 (2007), pp. 731-732 (URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118762575.html>). Sulle leggi di cui fu l'ispiratore A. LAUFS, *Genossenschaftsdoktrin und Genossenschaftsgesetzgebung vor hundert Jahren*, in « Juristische Schulung », VIII (1968), pp. 311-315. Gierke citava, fra l'altro, H. SCHULZE-DELITZSCH, *Assoziationsbuch für deutsche Handwerker und Arbeiter*, Leipzig, Keil, 1853; ID., *Die arbeitenden Klassen und das Assoziationswesen in Deutschland als Programm zu einem deutschen Congress*, Leipzig, Meyer, 1863<sup>2</sup>.

<sup>(36)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., pp. 1042-1045. Gierke aveva notizie di un movimento cooperativo in Italia attraverso l'*Almanach de la coopération pour 1868*, Paris, Davaud, 1868, pp. 101-120 (p. 1045).

<sup>(37)</sup> PETERS, *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841-1921)*, cit., pp. 44-45.

cose), di credito reale e personale (casse di risparmio, ad esempio), distributive (per le materie prime o il consumo), produttive (per riconoscere piena cittadinanza economica al lavoro).

L'analisi politica e sociale rivelava al giurista — giurista insofferente verso la concezione formalistica del diritto — le potenzialità della competizione fra una pluralità di organizzazioni impegnate nella realizzazione dei propri obiettivi, in contrasto o in concorso fra loro, in uno spazio neutro non ingombro dallo Stato. Non era peraltro in discussione la presenza dello Stato: le associazioni del presente, osservava Gierke, trovavano prima di loro lo Stato già forte e sviluppato; non avevano alcuna pretesa di indebolirlo, pur esercitando una contropinta rispetto a ogni indebita pretesa di livellamento<sup>(38)</sup>. D'altronde, la condizione perché i soggetti collettivi promuovessero funzioni di cooperazione e solidarietà era l'astensione dello Stato dalle rispettive aree sociali e giuridiche.

A questo materiale magmatico corrispondeva tuttavia un grave vuoto teorico, « eine Lücke der Theorie »<sup>(39)</sup>. Il diritto comune tedesco e la scienza giuridica rimanevano fedeli alla rigida dicotomia romana fra *societas* e *universitas*, entro cui queste nuove figure erano riluttanti a farsi incasellare. La personalità giuridica, strumento indispensabile per la vitalità degli attori economici collettivi, era incompatibile con la natura puramente contrattuale della *societas*; se conseguita sotto forma corporativa, a seguito del riconoscimento statale, pagava invece il prezzo della perdita di autonomia. Neanche il nuovo codice di commercio prevedeva tipologie societarie adattabili a queste formazioni. Finalmente, la legislazione ispirata da Schulze-Delitzsch aveva introdotto, fra il 1867 e il 1868, le *Genossenschaften* registrate, cooperative la cui struttura amalgamava l'elemento patrimoniale e quello personale in modo organico<sup>(40)</sup>.

Se non voleva accumulare ritardo rispetto alla coscienza del tempo, anche la scienza giuridica avrebbe dovuto innalzare un nuovo edificio su fondamenta non romane.

---

(38) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 655.

(39) Ivi, p. 1102.

(40) Ivi, pp. 1102-1111.

### 2.3 *Storia e futuro: soggettività germanica e persone collettive.*

Il superamento dei conflitti in atto richiedeva che la nazione tedesca approdasse a un differente modello di socialità. Il fenomeno associativo, diversamente dalle mitologie statualiste e individualiste, era legato al destino della nazione perché attingeva al serbatoio profondo della sua storia; o, perlomeno, ciò era quanto andava dimostrato per poter elaborare, com'era nelle intenzioni di Gierke, una teoria dei gruppi e delle persone giuridiche — una *Genossenschaftstheorie* — basata su principi diversi da quelli romanistici.

L'ispirazione ideale e metodologica proveniva dal *Volksrecht und Juristenrecht* di Beseler<sup>(41)</sup>, germanista di sentimenti liberali critico verso il diritto di fattura straniera, accusato d'aver soffocato l'originario spirito popolare germanico: solo l'indagine storica sarebbe stata in grado di riportare alla luce gli istituti giuridici nazionali ancora sepolti sotto i sedimenti della cultura giuridica imposta da principi autoritari e dai loro funzionari. Gierke si dedicò al compito consapevole che la *Genossenschaft* del suo maestro era una figura tecnicamente ancora da sbizzare<sup>(42)</sup>; inoltre, per quanto potesse esser ritenuta patrimonio del popolo tedesco, le sue attuali manifestazioni erano a uno stadio decisamente iniziale. « Die moderne Assoziationsbewegung... » egli osservava « eine eigentliche Geschichte aber überhaupt noch nicht hat »<sup>(43)</sup>: la *freie Assoziation* era un fenomeno troppo recente per avere una storia.

Occorreva pertanto compiere due passi essenziali, ossia: dimostrare che queste associazioni erano un prodotto caratteristico ed esclusivo del popolo tedesco, dunque si erano già manifestate nel passato in forme analoghe; di conseguenza, ricostruire su queste basi storiche la loro fisionomia giuridica in maniera scientifica e certa. In pratica, all'indagine diacronica delle manifestazioni sociali politiche economiche religiose, si sarebbe poi affiancata — come si è visto nel progetto dell'opera — l'indagine sui concetti e le teorie giuridiche (sempre però secondo una progressione storica). Alla fine si sarebbe

(41) G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843, pp. 153-194.

(42) GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., p. 2.

(43) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 652; anche p. 657.

potuto disporre di un attendibile modello nazionale per le istituzioni del presente, alternativo a quello ‘straniero’ ed estraneo.

« La nuova teoria » così Maitland ha acutamente descritto dopo alcuni decenni il lavoro cui si accingeva Gierke « doveva essere filosoficamente vera, scientificamente valida, moralmente giusta, giuridicamente implicita in codici e sentenze, praticamente conveniente, storicamente predestinata, genuinamente tedesca e forse esclusivamente germanistica » (44). L’immersione nel passato era un lavacro necessario per proporre al presente conflittuale la ricetta delle *Genossenschaften* come l’unica in grado di salvaguardare l’identità germanica profonda e di fungere da agente della rigenerazione sociale e politica. Già dal suo esordio come storico lo sguardo di Gierke era perciò rivolto al futuro.

In questo programma ricerca storica e riflessione filosofica si integravano fino a includere una componente che non sembra azzardato definire utopica, al di là del sogno contingente di un nuovo *Reich* tedesco: il passato doveva svelare un ordine giuridico ‘altro’, che proiettasse nel futuro la sua immagine peculiare dei soggetti individuali e collettivi e del diritto.

Il risultato cui la storia doveva dare riscontro ambiva a rinnovare nel presente la nozione più sacra della giuridicità, quella di soggetto di diritto, proponendone una versione meno egoistica, meno assoluta, più ‘sociale’. Si ripercorreva a ritroso la modernità per recuperare l’*Humor* originale del popolo tedesco (45), il suo sentimento più profondo. La fantasia creatrice del diritto germanico, prima d’essere filtrata dalle dottrine provenienti dall’Italia, aveva infatti sviluppato il *Genossenschaftsrecht* su principi del tutto differenti.

Il secondo volume del *Das deutsche Genossenschaftsrecht* si apre con una critica diretta alla dottrina dominante in Germania. Nel sistema romano, di cui s’era fatto autorevolissimo interprete Savigny, la personalità giuridica coincideva con la capacità di diritto

---

(44) W.F. MAITLAND, *Introduzione a O. Gierke*, *Political theories of the Middle Age*, in *Società e corpi. Scritti di Lamprecht, Gierke, Maitland etc.*, a cura di P. Schiera, Napoli, Bibliopolis, 1986, p. 81.

(45) O. VON GIERKE, *Der Humor im deutschen Recht*, Berlin, Weidmann, 1873.

privato <sup>(46)</sup>. Mentre nel diritto pubblico esisteva un unico protagonista, lo Stato, soggetto del diritto privato era ogni singolo uomo, signore della sfera riservata alla sua volontà, e solo l'uomo singolo. Non tutti gli individui rientravano necessariamente fra le 'persone' dotate di soggettività — ad esempio gli schiavi — ma i soggetti dovevano comunque essere uomini; qualcos'altro poteva beneficiare della personalità unicamente per effetto d'un artificio. Ora, in una comunità i romani vedevano un'alternativa netta: o un legame esterno, estrinseco, seppur stretto, che lasciasse ciascun individuo perfettamente indipendente nella sua sfera (*societas*); o un distinto centro di imputazione considerato alla stregua d'un individuo (*universitas*). In questo secondo caso si negavano i legami comunitari interni e si individuava il soggetto nella persona fittizia, assolutamente terza, creata non dai singoli, che nulla di sé cedevano ad essa, ma dallo Stato: se la persona artificiale avesse inglobato o limitato la personalità dei singoli, questi avrebbero terminato d'esser tali e il diritto privato avrebbe perso la sua funzione di ritagliare alla volontà individuale una sfera pienamente indipendente <sup>(47)</sup>.

La personalità romana, in sintesi, era contrassegnata da tre caratteri connaturati: assolutezza, in quanto la volontà era libera di determinarsi da sé e solo in un secondo momento incontrava il limite esterno costituito dalla presenza di altre volontà; indivisibilità, che impediva all'individuo di partecipare con una sua parte a una personalità più ampia; intrasferibilità, essendo impossibile trasferire anche solo parzialmente la propria volontà, ad esempio con la rappresentanza diretta <sup>(48)</sup>.

Questo tipo di soggetto volitivo, signore solitario del suo destino individuale, così simile ai protagonisti astrattamente uguali di un certo empireo liberale, era quanto di più lontano dalle concezioni germaniche. Nella mentalità germanica delle origini dominava un'idea unitaria del diritto in cui rientravano tanto i rapporti tra i singoli, quanto fra l'individuo e la comunità: la distinzione fra diritto pubblico e privato non ebbe ragion d'essere per almeno un millennio, durante il quale il diritto scaturiva direttamente dalla

---

<sup>(46)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, cit., pp. 25-26.

<sup>(47)</sup> Ivi, pp. 26-29.

<sup>(48)</sup> Ivi, pp. 29-30.

coscienza popolare e quindi regolava tutti i rapporti in modo organico. Anche quando il diritto pubblico e il privato si sono separati, l'idea di soggetto giuridico ha continuato a mantenere vivi i nessi originali fra individuale e comunitario, libertà e limite, egoismo e altruismo. L'essenza della personalità germanica è sempre rimasta la libera volontà etica: non la volontà recisa dal contesto dell'individuo, perfetta e sovrana, ma una volontà guidata dall'ordine etico della comunità<sup>(49)</sup>. Pace, fiducia, protezione erano i valori di una società attenta alla collaborazione reciproca. Pertanto, a differenza di quella romana, la soggettività giuridica germanica non era assoluta, poiché era legata alla comunità da obblighi oltre che da pretese soggettive; aveva inoltre la dote particolare di essere divisibile, permettendo a ciascun individuo concreto di integrarsi con una parte di sé nella comunità, e a ogni comunità inferiore in quelle più ampie; infine era trasferibile, purché rimanesse intatto un nucleo essenziale di libertà<sup>(50)</sup>.

In coerenza con questo tipo di personalità, a tal punto versatile da condividere parti proprie con diverse collettività senza autodistruggersi, negli ordinamenti germanici esistevano più persone che uomini, cioè anche persone collettive (*Verbandspersonen*) formate da tutte le porzioni di soggettività poste in comune dai singoli, che si imponevano come realtà effettive e non come artifici giuridici. Le associazioni non assumevano una posizione di assoluta terzietà rispetto ai loro membri: erano allo stesso tempo comunità inclusive e unità individuali dotate di esistenza autonoma e obiettivi propri<sup>(51)</sup>. Parallelamente, nella sfera individuale i rapporti giuridici del singolo in quanto tale convivevano con quelli spettanti quale membro di una o più comunità.

I tasselli di personalità messi in comune sia dai singoli che dai gruppi facevano della società un mosaico il cui senso era generato dalle reciproche relazioni e poteva essere colto solo guardando l'insieme.

Riproporre questo modello sociale allo stesso tempo vecchio e nuovo, relativizzando la soggettività individuale, significava rompere

---

<sup>(49)</sup> Ivi, pp. 32-34.

<sup>(50)</sup> Ivi, pp. 36-37.

<sup>(51)</sup> Ivi, pp. 39-40.

coraggiosamente con l'exasperato individualismo della modernità, senza rinunciare peraltro a una forma diversa, probabilmente più efficace, di valorizzazione dell'individuo concreto. Questo può forse spiegare perché la teoria giuridica e politica di Gierke, sebbene minoritaria nel panorama intellettuale tedesco, abbia avuto il privilegio di non perdere d'attualità: per quanto nell'insieme fosse un *unicum* irripetibile e irrealizzato, i suoi snodi interni hanno rivelato sintonia con i meccanismi del sociale meno coinvolti dalle scelte prevalenti nella seconda metà del XIX secolo, ma non per questo trascurabili — fra i quali quelli che oggi facciamo rientrare nel concetto di pluralismo.

#### 2.4. *Storia e futuro: la città medievale modello giuridico.*

In questa interpretazione originale, anche se non necessariamente oggettiva, dei dati storici, rielaborati alla luce di questioni attualissime, gli organismi sociali recuperavano il ruolo di protagonisti primari dell'ordine politico accanto allo Stato e agli individui.

Non sono in dubbio la sensibilità di Gierke per le questioni metodologiche o l'originalità degli ambiti che ha aperto alla ricerca sul passato<sup>(52)</sup>. È certo tuttavia che egli si trovava di fronte a un ostacolo ricostruttivo: dal XVI secolo il fluire della storia tedesca aveva subito una drastica soluzione di continuità dovuta ai noti fenomeni dell'assolutismo, dell'individualismo e della recezione del diritto romano. Di conseguenza, data questa cesura, l'esistenza di una lontana 'età dell'oro' delle associazioni germaniche aveva quanto meno carattere congetturale; senza contare che le fonti dalle quali poteva essere desunta erano del tutto sprovviste della capacità di inoltrarsi in una riflessione sistematica consapevole<sup>(53)</sup>.

Inoltre, per dimostrare la continuità con il puro spirito asso-

---

(52) O.G. OEXLE, *Otto von Gierkes 'Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft'*. Ein Versuch wissenschaftsgeschichtlicher Rekapitulation, in *Deutsche Geschichtswissenschaft um 1900*, a cura di N. Hammerstein, Stuttgart, Steiner, 1988, pp. 193-217; G. DILCHER, *Zur Geschichte und Aufgabe des Begriff Genossenschaft*, in *Id.*, *Die Germanisten*, cit., pp. 339-349.

(53) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, cit., p. 1 e ss.: la concezione corporativa germanica rimaneva al livello della difficilmente documentabile *Rechtbewusstsein* del popolo tedesco. Il germanesimo giunse ad astrarre un concetto di

ciativo germanico delle epoche precedenti, l'unica strada era far intervenire delle astrazioni nelle dinamiche storiche. La tendenza della società a formare gruppi e quella contraria di raggiungere l'unità mediante strutture gerarchiche di potere diventavano due fattori dalle caratteristiche predefinite, *Genossenschaft* e *Herrschaft*, sempre uguali nella loro essenza, ma capaci di imprimere un'evoluzione ciclica alla società grazie alla loro dialettica. In questo modo era anche possibile contemprarne la conciliazione definitiva, a costo di ritenere che l'esito della traiettoria storica fosse predeterminato <sup>(54)</sup>.

Si spiega allora che l'epoca (i secoli dal XVI in poi) la cui fine era prossima, dominata dal principio di *Herrschaft*, fosse stata preceduta — per necessità dialettica — da una diversa fase, nella quale invece aveva prevalso la *Genossenschaft*. Il modello storico che Gierke cercava era dunque rintracciabile proprio in quel preciso frangente, nei secoli del basso medioevo anteriori alla comparsa dello Stato moderno, e specificamente nella fioritura, a partire dal XII secolo, delle città tedesche. La *Genossenschaft*, fenomeno consociativo ampio in cui erano tradizionalmente incluse numerose forme di contitolarità dei diritti e condivisione (come comunità familiari e agricole), al livello dell'organizzazione cittadina avrebbe assunto una forma coerente di personalità giuridica: la città medievale diveniva *Körperschaft*, espressione con cui Gierke indicava il tipo germanico di persona giuridica <sup>(55)</sup>.

L'essenza della personalità giuridica cittadina era sintetizzabile nell'idea di *Gemeinwesen*, entità reale eppure astratta <sup>(56)</sup>: un'unità dotata di soggettività autonoma (*Gesamtperson*), ma allo stesso

---

personalità corporativa senza mai sviluppare una riflessione complessa (ID., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, cit., p. 4).

<sup>(54)</sup> G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein »Juristensozialismus« Otto v. Gierkes?*, in ID., *Die Germanisten*, cit., p. 307 e ss.; O. VON GIERKE, *Community in historical perspective*, a cura di A. Black, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. xxiii-xxiv (*Editor's introduction*); P. BLICKLE, *Otto Gierke als Referenz? Rechtswissenschaft und Geschichtswissenschaft auf der Suche nach dem Alten Europa*, in « *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* », XVII (1995), p. 245 e ss.

<sup>(55)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, cit., p. 1.

<sup>(56)</sup> Ivi, p. 820 e ss. Definizione pensata per differenziarla da *respublica*, in cui *res* è un oggetto privo di vita e *publica* non indica chiaramente la comunità.

tempo impensabile senza la molteplicità al suo interno, in cui il bene dell'insieme e quello dei singoli fossero entrambi presenti e valorizzati senza sbilanciamenti. Come il singolo doveva sacrificarsi per la città contro i nemici esterni, così in quanto cittadino aveva diritto a protezione e vendetta<sup>(57)</sup>. Le città del medioevo tedesco erano perciò differenti sia dalle istituzioni ecclesiastiche sia dall'*universitas* romana: la loro personalità non era una finzione, ottenuta per concessione dall'autorità superiore, rimaneva invece immanente all'insieme. Il pensiero germanico dimostrava così di aver raggiunto la maturità in piena autonomia, anche senza possedere i raffinati strumenti concettuali romani, dando compiuta attuazione giuridica alle sue inclinazioni più tipiche.

Si sarebbe realizzato così per la prima volta, in ambito ristretto, l'obiettivo che Gierke indicava come l'approdo cui era destinato il popolo tedesco nel prossimo futuro, quella conciliazione di *Einheit* e *Freiheit* solennemente auspicata nell'introduzione del primo volume: la città medievale incarnava l'esempio per ricongiungere lo Stato al popolo.

Uno dei punti di debolezza di questo impianto era ipotizzare processi culturali e socioeconomici validi solo nei confini dell'area germanica, o addirittura solo tedesca. Gierke stesso sembrò rendersene conto nel corso degli anni, senza però mutare linea<sup>(58)</sup>. A ciò si somma l'unilateralità con cui di conseguenza interpretava sia il diritto tedesco che la tradizione 'romanistico-canonistica'<sup>(59)</sup>. Non ne esce però scalfito il significato dell'iniziativa intellettuale gierkiana, che non nasceva semplicemente con finalità storiche: la storia era invece il viatico, insieme alla riflessione filosofica, per promuovere il progresso della società e dello Stato tedesco. Il traguardo era restituire al popolo la libertà di partecipare alla determinazione dell'ordine politico e giuridico, come nella città medievale, dopo i

(57) Ivi, pp. 826-827.

(58) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, cit., pp. VI-VII del *Vorwort*. Anche il pensiero di Althusius rappresentò per Gierke un imprevisto allargamento di visuale rispetto alle sue precedenti affermazioni sul giusnaturalismo.

(59) GIERKE, *Community*, cit., pp. xxviii-xxix (*Editor's introduction*); P. LANDAU, *Otto von Gierke und das kanonische Recht*, in *Die deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, a cura di J. Rückert, D. Willoweit, Tübingen, Mohr, 1995, pp. 77-94.

secoli in cui si era ridotto a una somma di sudditi dominati da un'istituzione superiore ed esterna.

### 3. *Popolo, Stato, diritto.*

In alternativa all'egoismo capitalistico, allo statalismo, alle derive socialiste, la nazione tedesca unificata nel II *Reich* avrebbe dovuto incamminarsi verso la riscoperta delle forze autonomamente prodotte dalla società.

Lo Stato era rimasto un elemento parzialmente esterno all'oggetto della prima opera di Gierke (ma sarebbe meglio dire del suo progetto iniziale) sia perché conteneva strutturalmente poteri imperativi di *Herrschaft*, sia perché lo Stato di polizia aveva operato come antitesi delle comunità inferiori. La prospettiva di ricostruire nella sua completezza il *Genossenschaftsrecht* avrebbe tuttavia permesso il recupero della dimensione comunitaria nella vita statale; anche il diritto sarebbe risultato inevitabilmente trasformato.

Questi profili contenevano un'essenza ai nostri occhi pluralistica, in quanto presupponevano che la realtà giuridica fosse prodotta in maniera pluricentrica dalle diverse forze in essa presenti: di tali forze erano riconosciute la spontaneità e la legittimazione originaria di fronte allo Stato. Volendo ragionare ancora in questi termini occorre però anche constatare che per Gierke il dato pluralistico non costituiva in sé un obiettivo, semmai — a seconda di come lo si intenda — la premessa per ripensare l'ordine politico e giuridico. Non era in previsione una società aperta a ogni possibile sviluppo innescato dalle dinamiche fra nuclei di produzione giuridica concorrenti; il riconoscimento della varietà sociale e giuridica consentiva piuttosto di approdare a un ordine unitario non più inteso (solo) come assetto potestativo, ma come coesione organica.

Tra gli anni Settanta e Ottanta del XIX secolo, mentre continuava le ricerche sul suo filone principale, Gierke si dedicò più specificamente a studi di storia delle dottrine politiche<sup>(60)</sup> che

---

<sup>(60)</sup> O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche* (Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 1880), trad. it. a cura di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1943; ID., *Naturrecht und deutsches Recht* (1883), rist. Aalen, Scientia, 1973. Anche ID., *Das deutsche Genossen-*

rafforzarono le sue convinzioni, facendogli ipotizzare una continuità dello spirito tedesco anche all'interno della tradizione giusnaturalistica, grazie soprattutto all'Althusio e a giuristi come Nettelblatt, Böhmer, Wolff o pensatori politici come Möser e Humboldt <sup>(61)</sup>. La sua riflessione sconfinava così in ambiti tematici più estesi, fra i quali il federalismo e lo Stato di diritto, entrambi analizzati nell'opera su Althusio del 1880.

Su questi stessi temi egli lanciava contemporaneamente una sfida aperta all'*establishment* giuridico, oramai in prevalenza assestato su posizioni formalistiche e positivistiche. Il suo interesse si propagava dalle consociazioni allo Stato e ai loro reciproci rapporti; lo Stato diveniva anche nei titoli il protagonista dei suoi interventi: *Die Grundbegriffe des Staatsrecht* (1874) e *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (1883) <sup>(62)</sup>. I pericoli contro i quali Gierke aveva messo in guardia fin dagli esordi si stavano concretizzando uno dopo l'altro sotto ai suoi occhi. La scienza del diritto pubblico si andava adeguando a un costruttivismo logico astratto plasmato sul calco del diritto privato individualistico; lo Stato veniva considerato un apparato di potere separato dall'organismo vivo del popolo; ai diritti fondamentali degli individui era assegnata una natura esclusivamente statale <sup>(63)</sup>.

In particolare, la giuspubblicistica era giunta con Laband ad attribuire allo Stato la personalità giuridica fittizia di diritto privato: a questa sorta di fantasma venivano ascritti poteri pubblici in luogo del semplice diritto di proprietà, facendone l'arbitro dei destini di

---

*schaftsrecht*, III, cit., contiene una lunga indagine sulle dottrine politiche del medioevo, da cui trasse origine e fu sviluppato come studio a sé il volume su Althusio.

<sup>(61)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., p. 195 e ss.

<sup>(62)</sup> O. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1874), rist. Aalen, Scientia, 1973; Id., *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (1883), rist. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961.

<sup>(63)</sup> Su questi problemi possono vedersi M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 319 e ss., 356 e ss.; S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato. Aspetti giuspubblicistici della Genossenschaftslehre di Otto von Gierke*, in « *Filosofia Politica* », VII (1993), pp. 445-476; nonché P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, III, *La civiltà liberale*, Roma, Laterza, 2001, pp. 159-168.

persone in carne e ossa <sup>(64)</sup>. Il popolo si riduceva così a sostrato — insieme al territorio — su cui lo Stato esercitava la sua potestà di dominio; si scavava un solco incolmabile fra la dimensione della statualità, intesa esclusivamente come apparato di comando munito di forza coercitiva, e gli individui, considerati atomi tutti uguali soggetti a una stessa volontà superiore <sup>(65)</sup>. In quanto espressione di tale volontà la legge era la fonte preminente a prescindere dal contenuto, che rimaneva un elemento confinato al momento preparatorio, per quanto nelle aspettative dovesse essere improntato a principi liberali <sup>(66)</sup>.

Gierke ammoniva che in Germania la scienza giuridica, prima di virare verso questo positivismo formalistico, aveva intravisto altre fondamenta sulle quali la società tedesca avrebbe dovuto innalzare il suo edificio statale, per merito soprattutto della corrente storicistica (e a questo proposito riconosceva l'innegabile ruolo positivo di Savigny), ma anche della parte di giusnaturalismo più influenzata dal germanesimo <sup>(67)</sup>. Recuperando infatti il collegamento primitivo con l'unità storico-spirituale del popolo, l'origine dello Stato poteva essere ricondotta a un movimento dal basso: non a un unico contratto fra individui che regolasse l'intera società istituendo il potere sovrano, ma a una federazione di organismi minori spontaneamente prodotti dal popolo con innumerevoli contratti, sull'esempio di quanto aveva teorizzato nel '600 l'Althusio <sup>(68)</sup>. Lo stesso modello politico era del resto riscontrabile nell'ALR, del quale mitigava l'impostazione autoritaria e statalista <sup>(69)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 30.

<sup>(65)</sup> Ivi, pp. 34-35 e *passim*.

<sup>(66)</sup> Ivi, pp. 78-79.

<sup>(67)</sup> GIERKE, *Naturrecht*, cit., p. 7 e ss.

<sup>(68)</sup> Gierke è unanimemente riconosciuto come colui che ha 'riscoperto' Althusio, anche se risultano superate molte sue interpretazioni. Per un punto della situazione: T.O. HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World. Althusius on Community and Federalism*, Waterloo (Ontario), Wilfried Laurier University Press, 1999; nonché D. QUAGLIONI, *Quale modernità per la « Politica » di Althusius?*, in « Quaderni fiorentini », XXXIX (2010), pp. 631-648.

<sup>(69)</sup> GIERKE, *Naturrecht*, cit., p. 29; più dettagliatamente ID., *Die Steinsche Städteordnung*, cit., p. 22; e soprattutto ID., *Der germanische Staatsgedanke*, cit., pp. 20-21.

Dal popolo si proponeva pertanto di ripartire il germanista. Inteso come insieme spirituale e morale sviluppatosi organicamente nel corso della storia, il popolo esprime attraverso lo Stato la sua essenza unitaria <sup>(70)</sup>. In questa visione il popolo è tutt'uno con lo Stato e lo Stato è l'organizzazione effettiva del popolo, in pieno contrasto con la tradizione che faceva del popolo la somma di individui accomunati dalla soggezione a un Leviatano <sup>(71)</sup>.

« Spogliato del suo carattere mistico », aveva scritto Gierke nel 1868, « ricondotto all'evoluzione naturale invece che a un'origine soprannaturale, un tale Stato non è di un genere differente dalle più ristrette associazioni di diritto pubblico contenute in esso, dai comuni e dalle corporazioni, ma si pone di fronte ad esse solamente come il livello di sviluppo più completo rispetto all'incompleto » <sup>(72)</sup>; e nel 1874 ripeteva che tutte le persone collettive hanno il medesimo carattere reale, perché ciascun uomo vi appartiene concretamente con parte della sua soggettività giuridica <sup>(73)</sup>.

Accanto all'ordine degli individui ne esisteva cioè uno dei gruppi, nel quale non v'era differenza di natura fra lo Stato e le *Genossenschaften*, ugualmente dotati di unità e volontà reali. Certamente, lo Stato era sovrano per il fatto di non avere nessun organismo più generale sopra di sé: era l'unico regolatore di se stesso, al contrario delle altre comunità che trovavano in lui un regolatore esterno. Tuttavia, era impensabile che lo Stato avesse una personalità politica assoluta ed esclusiva da cui derivasse la personalità delle associazioni inferiori <sup>(74)</sup>: la vita sociale, economica, religiosa, culturale della nazione creava liberamente organizzazioni originarie

<sup>(70)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 830; idea ribadita per l'arco di una vita, ID., *Der germanische Staatsgedanke*, cit., pp. 22-23.

<sup>(71)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., pp. 141-142. Gli elementi distintivi tra Gierke e Hobbes in relazione ai problemi del pluralismo sono stati approfonditamente studiati da D. RUNCIMAN, *Pluralism and the Personality of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

<sup>(72)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., pp. 832-833 (traduzione mia).

<sup>(73)</sup> GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 92-94.

<sup>(74)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 833: « Allein die Anschauung, welche hieraus für den Staat eine absolute, ausschließliche politische Persönlichkeit folgert, während sie allen kleineren Allgemeinheiten höchstens ein von

quanto lo Stato <sup>(75)</sup>, il quale a sua volta veicolava la civilizzazione complessiva, era *Kulturstaat*. L'idea, risalente a Fichte, che il potere pubblico assolvesse a compiti sociopolitici per promuovere il benessere del popolo era assolutamente centrale in tutti gli interventi del germanista. Lo Stato però sarebbe intervenuto solo sussidiariamente, quando l'autoamministrazione delle comunità inferiori non fosse sufficiente, lasciando altrimenti alla famiglia il compito dell'educazione, alle chiese la protezione della vita religiosa e della moralità, a tutte le altre libere *Genossenschaften* il perseguimento dei più vari obiettivi pubblici <sup>(76)</sup>.

La prima acquisizione pluralistica desumibile dalla natura propria della nazione tedesca era dunque un dato di tipo politico e sociale: la molteplicità dei protagonisti collettivi dell'ordine politico contrapposta al monismo statalistico.

A ciò si collegavano però anche risvolti pluralistici nella dimensione squisitamente giuridica.

Tanto lo Stato quanto il diritto erano espressioni del popolo in larga misura sovrapponibili, ma non coincidenti <sup>(77)</sup>; ovviamente, il liberalismo gierkiano implicava che queste realtà in origine distinte si compenetrassero nella forma dello Stato di diritto <sup>(78)</sup>, in modo da rendere regolato il potere ed efficace il diritto. Il diritto rimaneva tuttavia una creazione spirituale autonoma chiamata a dare attuazione all'idea di giustizia <sup>(79)</sup>. Averlo compreso era il più prezioso lascito del giusnaturalismo, minacciato ora dagli orientamenti giuspubblicistici che annullavano il contenuto del diritto nell'idea di interesse e la sua efficacia nell'idea di forza <sup>(80)</sup>. Il saggio del 1883 su *Naturrecht und deutsches Recht* presenta in forma di domanda i problemi giuridici sui quali il germanesimo avrebbe dovuto far

jener Staatspersönlichkeit abgeleitetes Stück politischer Persönlichkeit zugesteht, ist mit der modernen Staatsidee unvereinbar »; anche Id., *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 96-97.

<sup>(75)</sup> GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., p. 100.

<sup>(76)</sup> GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 56; Id., *Der germanische Staatsgedanke*, cit., p. 27.

<sup>(77)</sup> GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 30-31; pp. 105-107.

<sup>(78)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., pp. 831-832; Id., *Giovanni Althusius*, cit., p. 239.

<sup>(79)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., p. 240.

<sup>(80)</sup> Ivi, p. 239.

sentire la sua voce: esiste oltre al diritto statale un diritto delle *Genossenschaften*? E la consuetudine è fonte altrettanto primaria quanto la legge? Esiste accanto al diritto formale anche un diritto materiale che funga da limite al legislatore? E ancora, il diritto è volontà o frutto di una ragione che controlla la volontà? La sua essenza deve essere rintracciata nel comando dotato di forza coercitiva, nell'utilità pratica, o nel contenuto razionale? Il diritto deve proteggere interessi, o piuttosto è scopo in sé in quanto deve incarnare l'equità, come l'arte l'idea del bello e la scienza l'idea del vero? <sup>(81)</sup>

Delle risposte Gierke era ben convinto. La legge per lui costituiva la forma esteriore del diritto e il diritto legislativo non poteva valere solo in quanto comando: « infatti il diritto, essendo il complesso delle norme esteriori rivolte a volontà libere, non può, nella sua sostanza, esser esso stesso volontà: dove è la volontà a regolare la volontà, per necessità logica ci si trova di fronte e soltanto al concetto della forza » <sup>(82)</sup>.

Dalla legge ci si aspetta invece che sia giusta <sup>(83)</sup>: e tanto più sarà giusta se è ragionevole. L'essenza del diritto non è dunque volontaristica ma razionale: « Se una norma esteriore obbligatoria deve valere non soltanto per questa o quella volontà ma per la volontà in sé, essa non può risiedere che in una facoltà spirituale autonoma rispetto alla volontà. Tale facoltà è la ragione. Perciò il diritto non consiste nella volontà collettiva, che qualcosa debba essere, bensì nella convinzione collettiva che qualcosa è. Il diritto è la convinzione di una comunità umana [...] di dover conformare la propria volontà a norme esteriori, cioè a limitazioni della libertà esteriormente vincolanti e per ciò, in forza del concetto stesso, coattive » <sup>(84)</sup>.

A dispetto dei postulati positivisti, Gierke non si stancava di ripetere che il diritto rimarrebbe tale anche qualora non avesse il riconoscimento statale e il supporto della forza <sup>(85)</sup>.

---

<sup>(81)</sup> GIERKE, *Naturrecht*, cit., pp. 4-6.

<sup>(82)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., p. 240.

<sup>(83)</sup> GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 80.

<sup>(84)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., pp. 240-241.

<sup>(85)</sup> GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 31-32; p. 105.

La fondamentale intuizione di sganciare storicamente e concettualmente il diritto dallo Stato — in maniera peraltro non traumatica — riconducendo entrambi al popolo rendeva possibile riconoscere una pluralità di fonti giuridiche.

Se lo Stato fungeva da organo principale della consapevolezza giuridica del popolo, anche le collettività inferiori che affollavano l'ordine politico potevano farsene interpreti in ambito più ristretto; oppure il popolo stesso poteva conformarsi direttamente alla coscienza giuridica comune senza mediazione statale. La consuetudine si affiancava pertanto alla legge con efficacia pienamente derogatoria<sup>(86)</sup>; il diritto prodotto autonomamente dalle molteplici cerchie comunitarie, quantunque subordinato alla legge dello Stato, non traeva da essa la propria legittimazione; infine, natura giuridica piena doveva essere riconosciuta anche al *Völkerrecht* prodotto dalla comunità internazionale dei popoli<sup>(87)</sup>.

La superficie del giuridico veniva ad essere per Gierke più ampia, più sfaccettata del solo diritto legale, al quale anzi la coscienza giuridica non avrebbe potuto far altro che ribellarsi se fosse stato ingiusto<sup>(88)</sup>: rimanevano spazi per l'attività creatrice del popolo, dei gruppi inferiori, di quelli paralleli o esterni<sup>(89)</sup>.

#### 4. *Il 'Sozialrecht'.*

Le 'risorse' pluralistiche insite nel pensiero gierkiano non confluivano in una dimensione confliggente con lo Stato o eccentrica rispetto ad esso: piuttosto, attingevano tutte alla stessa unità. Il popolo non generava solo *Vielheit*, ma anche *Einheit* attraverso lo Stato: il nodo della questione stava per Gierke nel connettere i due poli, affinché l'unità non consistesse più solo in un assetto potestativo e lo Stato si adeguasse all'ordine organico del popolo.

Una volta nato lo Stato tedesco sotto l'egida prussiana, la missione era divenuta difenderlo dalle insidie del formalismo ricorrendo al *Körperschaftsrecht* germanico, di cui Gierke aveva rico-

---

(86) GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 81.

(87) GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 31-32.

(88) GIERKE, *Naturrecht*, cit., p. 10.; ID., *Giovanni Althusius*, cit., pp. 241-242.

(89) GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 32-33.

struito l'essenza, in alternativa alla personalità giuridica romanistica. Il sistema pandettistico del diritto privato aveva a che fare esclusivamente con i rapporti esterni di soggetti individuali semplici, naturali o artificiali che fossero; al contrario il *Körperschaftsrecht* svelava rapporti giuridici reciproci fra l'intero e le parti all'interno dei corpi collettivi<sup>(90)</sup>. Espressione della consapevolezza etica del popolo, il diritto germanico travalicava così il dato meramente volontaristico e formale per farsi *Ordnung* delle svariatissime articolazioni sociali, aderendo profondamente alla struttura delle comunità che regolava<sup>(91)</sup>.

L'idea di un ordine plurale era, ad esempio, la via maestra per superare gli ostacoli che Laband aveva incontrato nel delineare il carattere federativo del *Reich*. Questi infatti considerava il *Bundesstaat* e gli Stati membri come persone giuridiche distinte poste in rapporto gerarchico tra loro, né la dottrina civilistica della persona giuridica gli lasciava altra possibilità<sup>(92)</sup>. La soluzione di Gierke invece partiva dal riconoscere che all'interno di ogni ambito nazionale esiste normalmente un potere sovrano indivisibile al di sopra di tutti gli altri, dotato di compiti e prerogative proprie, a cui è attribuita la qualifica della statualità. Se però nello stesso *Gemeinwesen* nazionale convivono storicamente più realtà statali, all'esercizio della sfera di potere sovrano è chiamata una molteplicità di persone collettive. Il soggetto titolare del potere indiviso dovrà allora essere l'insieme statale complessivo (*Bundesstaat*) formato dagli Stati membri organicamente legati e interdipendenti<sup>(93)</sup>. Il *Bundesstaat* è capo della comunità di Stati, la rappresenta verso l'esterno e ha l'ultima parola in caso di conflitti; in questo modo è garantito che il volere del *Bundesstaat* sia unitario<sup>(94)</sup>. Assodato che rimane indivisa la sostanza del potere, all'esercizio dello stesso sono invece chiamati separatamente lo Stato nel suo insieme e la pluralità degli Stati membri. Il potere del *Bundesstaat* è il più elevato, ma

---

(90) Ivi, pp. 114-117; GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., pp. 8-10; ID., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin, Schade, 1902, p. 25.

(91) GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., pp. 174-176.

(92) GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 71.

(93) Ivi, p. 72.

(94) Ivi, p. 73.

verso il basso non è intero; il potere dei singoli Stati membri è nel suo ambito potenzialmente intero, però verso l'alto non è l'unico. Dunque, sia lo Stato complessivo che gli Stati membri devono esercitare solo parzialmente le competenze contenute nel potere sovrano e indivisibile ad essi spettante in comunità<sup>(95)</sup>. Tanto basta però perché anche i singoli Stati abbiano riconoscimento internazionale e prerogative onorarie<sup>(96)</sup>.

Quel che valeva per l'Impero era valido anche ai livelli inferiori. Tra il diritto individuale e quello statale Gierke evidenziava uno spazio ignoto alla tradizione romanistica, pienamente giuridico e tanto esteso da regolare l'intera società, definito perciò *Sozialrecht*<sup>(97)</sup>: un diritto del popolo come comunità e delle comunità nel popolo, composto dalle regole di organizzazione interna dei gruppi e dalle situazioni soggettive di appartenenza a una o più collettività<sup>(98)</sup>.

I concetti del *Sozialrecht*, affatto specifici rispetto al diritto privato, raffiguravano l'unità delle parti nel tutto ispirandosi al paragone con gli organismi naturali. Tuttavia, la soggettività giuridica coincideva con un'unità vivente non percepibile dai sensi, quindi non dimostrabile direttamente, la cui esistenza reale poteva essere desunta dall'attività delle membra — le quali continuavano a godere parallelamente di autonoma esistenza. Gli effetti dell'azione collettiva erano tali, secondo Gierke, da non poter essere spiegati come semplice somma di forze individuali. Sono i popoli e le altre comunità che creano l'organizzazione del potere, la lingua, il diritto, le usanze, l'economia politica<sup>(99)</sup>. Ciò che insegna l'esperienza sensibile viene confermato anche dalla percezione interiore di appartenenza alla comunità: al proposito Gierke ricordava il trasporto quasi mistico da lui vissuto per l'entusiasmo della folla a *Unter den Linden* nei giorni di avvio della guerra contro la Francia<sup>(100)</sup>.

Nel *Sozialrecht* si manteneva un legame strutturale fra la

---

(95) *Ibidem*.

(96) *Ivi*, p. 74.

(97) GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., p. 10.

(98) *Ivi*, p. 181 e ss.

(99) GIERKE, *Das Wesen*, cit., pp. 19-21.

(100) *Ivi*, p. 22.

persona collettiva e i singoli membri o organi che con una parte della propria personalità la formavano: la costituzione interna regolava le pretese e gli obblighi reciproci, per garantire che si integrassero, e stabiliva rapporti di sovra e subordinazione attribuendo a ciascuna parte un ruolo nel tutto, sempre in prospettiva organica <sup>(101)</sup>.

Ogni persona collettiva poteva poi a sua volta essere inserita in una superiore con un pezzo di sé <sup>(102)</sup>. Il diritto sociale ascendeva così, gradino dopo gradino, fino a comprendere lo Stato e il suo diritto <sup>(103)</sup>. I gruppi, nel pensiero del grande germanista, sottostavano alla sovranità di uno Stato che contribuivano a strutturare dal basso: nicchie protettive per l'individuo, producevano appartenenze concentriche culminanti nell'organismo complessivo.

In diverse occasioni Gierke, descrivendo l'inesauribile pluralità di organismi sociali che contribuiscono all'evoluzione della cultura umana, ne notava il carattere multiforme. « Si comprende da sé » commentava « che per essi valga non un diritto in linea di massima uguale, ma un diritto in linea di massima disuguale » <sup>(104)</sup>: comunità sovrane e non, laiche ed ecclesiastiche, territoriali e personali, pubbliche e private, per scopi economici e ideali, con una capacità giuridica diversa per ogni categoria <sup>(105)</sup>. Tuttavia, come è possibile individuare le leggi generali degli organismi naturali, così la scienza giuridica aveva il compito di ricostruire il complesso delle regole comuni, il *Sozialrecht*, confrontando le similarità strutturali di tutte le persone collettive. Esistevano analogie fra lo Stato e le corporazioni inferiori riguardo all'esercizio dei poteri, alla produzione di norme, all'amministrazione. Anche le associazioni private riproducevano al loro interno prerogative e obblighi riscontrabili nei rapporti fra le comunità di diritto pubblico e i loro membri <sup>(106)</sup>. Tutte le persone collettive godevano di poteri e diritti rispetto ai loro membri e organi, i quali vantavano a loro volta diritti, ad esempio, sui beni della persona collettiva, o di partecipazione alle delibera-

---

<sup>(101)</sup> Ivi, pp. 25-26.

<sup>(102)</sup> GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., pp. 152-155.

<sup>(103)</sup> GIERKE, *Das Wesen*, cit., p. 29.

<sup>(104)</sup> *Ibidem* (traduzione mia).

<sup>(105)</sup> GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., p. 151.

<sup>(106)</sup> Ivi, pp. 151-152; anche GIERKE, *Das Wesen*, cit., p. 30.

zioni, o a una particolare posizione organica (come il diritto personale del monarca all'esercizio di *Herrschaft*)<sup>(107)</sup>.

L'insieme del popolo raggiungeva così la sua unità attraverso la coordinazione giuridica del molteplice replicata a tutti i livelli dal *Sozialrecht*. Il diritto nel pensiero di Gierke nasceva indipendentemente dello Stato ed era plurale, ma la pluralità non poteva che essere a sua volta giuridicamente ordinata secondo regole comuni costanti.

L'ordine gierkiano di conseguenza non si incentrava sul diritto pubblico costruito formalisticamente come espressione della volontà statale; il diritto pubblico statale diventava anzi pienamente diritto, in quanto uno — il più elevato — dei livelli del *Sozialrecht*, e lo Stato diveniva Stato di diritto, non solo apparato di potere indifferente ai contenuti. In una delle sue pagine più intense Gierke esortava a non rinunciare in futuro all'unità del diritto propria del mondo germanico, per sua natura incompatibile con un diritto pubblico assolutistico e un diritto privato individualistico. Il diritto pubblico avrebbe dovuto essere tutelabile giudizialmente, prevedere obblighi e diritti reciproci fra il tutto e le parti; soprattutto, avrebbe dovuto essere espressione di libertà, mantenendo un legame con la vita della comunità<sup>(108)</sup>.

---

<sup>(107)</sup> GIERKE, *Das Wesen*, cit., p. 28.

<sup>(108)</sup> O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), Frankfurt am Main, Klostermann, 1948, p. 10.

ANDREA SALVATORE

AL LIMITE ESTREMO.  
L'ISTITUZIONALISMO GIURIDICO DI MAURICE HAURIUO

1. Anti-sociologia dell'istituzione. — 2. Il cammino dell'istituzione. — 3. L'istituzione come archetipo giuridico. — 4. Anatomia dell'istituzione. — 5. Le colonne d'Ercole del diritto.

1. *Anti-sociologia dell'istituzione.*

La teoria dell'istituzione di Maurice Hauriou va anzitutto intesa come una proposta di inquadramento in termini *essenzialmente giuridici* delle diversissime forme in cui, al pieno dispiegarsi della società di massa (vale a dire, tra fine Ottocento e i primissimi anni del Novecento), un sociale sempre più plurale e stratificato dà vita ad aggregati sociali e intraprese collettive che mutano radicalmente le dinamiche della vita pubblica e la stessa struttura ordinamentale assicurata, e al contempo incarnata, dallo Stato. In questo senso, l'obiettivo di Hauriou è duplice. Per un verso, si tratta di guadagnare alla causa giuridica le nuove forme (debitamente riarticolate) tramite cui si dà vita a gruppi sociali di molto varia natura (partiti, associazioni, club, sindacati, circoli, comitati, società per azioni), fornendo della loro origine, proliferazione e rilevanza un resoconto del tutto irriducibile a quello approntato da coevi e concorrenziali tentativi di dar conto del medesimo fenomeno da parte di altre scienze sociali (su tutte, le varie scuole sociologiche, a loro volta in fortissima concorrenza interna, ma sufficientemente concordi nel ritenere il lemma *scienza giuridica*, tanto più se non confinata ai testi di legge, una contraddizione in termini). Per altro verso, riconoscere la rilevanza delle nuove forme di aggregazione per la più ampia teoria giuspubblicistica richiede e implica un'accorta opera di filtro: il riconoscimento della personalità giuridica di tali forme — questa, in ultima istanza, la dibattutissima e contesissima

posta in gioco — potrà darsi soltanto a condizione di una dirimente ed esclusiva delimitazione delle procedure e delle modalità tramite cui individui irrelati danno vita a intraprese collettive che forniscono loro nuovi ruoli e nuove identità sociali. Si tratta dunque — questione capitale, come è evidente — di aprire il diritto alla vibrante ricchezza e alla inesauribile pluralità del sociale, prevenendo al contempo una implosione della tenuta ordinamentale del primo a motivo dell'irruenza centrifuga del secondo, potenzialmente distruttiva se non debitamente regolata.

Quando Hauriou muove i primi meno malcerti passi verso il concetto di istituzione (siamo, lo vedremo nel prossimo paragrafo, nel 1906), il campo scientifico, specie per quanto riguarda l'inquadramento del nuovo ruolo dei diversi aggregati collettivi sulla scena pubblica, è dominato dal positivismo, e in particolare da quella specifica declinazione di esso che va sotto il nome di « psicologia collettiva » o, secondo una dizione ancor più indicativa, « psicologia delle folle ». Per capire compiutamente non solo l'origine della teoria dell'istituzione di Hauriou (per questo aspetto ancor più di quella di Santi Romano), ma anche lo sviluppo e l'articolazione della stessa, è assolutamente fondamentale tener presente che fino a quel momento la partecipazione delle masse alla vita pubblica, finanche non-statale, era inquadrata in parte niente affatto minoritaria delle scienze sociali come un fenomeno al più inevitabile, raramente raccomandabile e in ogni caso piuttosto rischioso, se non distruttivo, dacché caratterizzato da dinamiche sostanzialmente incontrollabili. Non solo: con la parziale eccezione delle forme di partecipazione politica elettorale, il riversarsi delle masse nello spazio pubblico era da più parti diagnosticato come il chiarissimo sintomo di una evidente degenerazione, ancor più che decadenza, della vita associata. Le irresistibili tendenze aggregative, unitamente all'imponente emergere di una pluralità di gruppi sociali, erano interpretate anzitutto come l'esito ineluttabile di una perdita del senso e del valore dell'individualità, di cui singoli ormai incapaci di agire in autonomia erano tanto l'esito ultimo quanto gli involontari acceleratori. Secondo la prospettiva in discussione, nella società di massa, insomma, l'individuo è destinato a scomparire, mentre un indistinto magma collettivistico rischia di far implodere ogni forma di regolazione sociale. Come vedremo, la teoria dell'istituzione di Hauriou si

intende anzitutto come un deliberato controcanto a tale prospettiva: la vita istituzionale non solo permette una compiuta realizzazione delle potenzialità sociali del singolo, ma al contempo, lungi dal minarne le fondamenta, rinsalda l'edificio statale, puntellandolo e ancorandolo a corpi intermedi che ne rafforzano la rete di rapporti che esso ha, e non può permettersi di non avere, con i singoli individui nei loro vari contesti di azione.

Non sarà inutile a tal riguardo rimarcare il fatto che la psicologia delle folle e l'istituzionalismo giuridico condividono le medesime patrie, Francia e Italia, e si contendono il campo in un arco di tempo in parte sovrapponibile. Come accennato, tuttavia, le convergenze, indice comunque di una questione tanto sentita quanto condivisa, finiscono qui. Per i teorici della psicologia delle folle, infatti, gli aggregati sovra-individuali, cui non si disconoscono affatto il carattere innovativo e il ruolo da protagonisti nella vita pubblica, si caratterizzano per una costitutiva irrazionalità: la folla è istintiva, emotiva, volubile, imprevedibile, incapace di controllarsi. All'interno di qualsivoglia folla, non è possibile né discussione né dissenso né mediazione: l'individuo e i suoi caratteri distintivi (iniziativa autonoma, intraprendenza, capacità di riflessione, libero arbitrio, ponderazione, auto-controllo) vanno completamente e irrimediabilmente persi. La folla è la riemersione del selvaggio (e, nel suo abbandono a una irriflessa forza inerziale che spinge all'aggregazione, del servaggio) all'interno della civiltà, il ritorno del primitivo rimosso, il contagio mimetico che annulla la specificità di ciascuno in una indistinzione sovra-individuale che rende incapaci di agire consapevolmente. La psicologia delle folle, come detto, non manca di rilevare il carattere distintivo e innovativo di tali aggregati: a differenza delle ben più attestate nozioni di razza e nazione, la folla non ha un fondamento dato, ascritto e come tale indisponibile al singolo, ma si disfa per poi riaggregarsi per gli scopi più diversi, e anzi, di fatto, in circostanze e per motivi del tutto occasionali. Prima del fuoco incrociato di autori, ovviamente diversissimi, come Carl Schmitt e Georges Canguilhem, è la psicologia delle folle a insistere pervicacemente sulla semantica della normalità: la folla è una patologia, un fenomeno eruttivo ed eccezionale che pone a rischio il normale e inalterato stato di salute di una comunità. Un ultimo tratto condiviso dalla gran parte dei molto vari teorici riconducibili

alla prospettiva in questione è l'afflato anti-democratico: come ogni società, la società di massa deve essere regolata, e i componenti di questa società, stanti le dinamiche aggregative indicate, sembrano del tutto sprovvisti (e, quel che più rileva, non provvedibili) delle risorse epistemiche e relazionali richieste al fine di operare scelte di rilevanza pubblica nei vari contesti a ciò preposti (folle elettorali, corti di assise, assemblee parlamentari) (1).

Più in generale, il rapporto di Hauriou con la sociologia, oltre a risultare in sé complesso e articolato, conoscerà notevoli trasformazioni nel tempo (2). Per quel che qui rileva, Hauriou si serve strumentalmente della sociologia, o meglio di uno sguardo sociologico « a tendenza individualista » (3), per mostrare il riduzionismo monista insito in ogni concezione del diritto che vincoli la realtà giuridica alle sole produzioni positive (la scuola francese del *légitimisme*) o alle sole fonti autoritative (la dottrina tedesca della *Herrschaft*). Il diritto, di contro, è per sua essenza plurale e nulla meglio degli apporti sociologici, a giudizio di Hauriou, ne può disvelare la polimorfa complessità. In particolare, si tratta di portare alla coscienza giuridica, tramite un rimando costante ai fatti empirici e ai dati dell'esperienza, tutta l'artificiosità di un diritto in sé autosufficiente e presuntamente autonomo rispetto al sociale. Tanto la contestuale rilevanza quanto la costitutiva limitatezza della sociologia sono resi al meglio dalla definizione hauriouviana di essa quale « scienza ausiliaria » (4). Hauriou, infatti, intende al contempo respingere le mire egemoniche rivolte dall'organicismo sociologico nei riguardi dell'autonomia, faticosamente conquistata, della scienza

---

(1) Per un ottimo sguardo d'insieme sulla psicologia delle folle, con un non banale rimando all'attualità, cfr. M. NACCI, *Il volto della folla. Soggetti collettivi, democrazia, individuo*, Bologna, il Mulino, 2019.

(2) Cfr. al riguardo F. AUDREN, M. MILET, *Préface. Maurice Hauriou sociologue. Entre sociologie catholique et physique sociale*, in M. HAURIOU, *Écrits sociologiques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. V-LVIII; J. BARROCHE, *L'argument sociologique chez Maurice Hauriou*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou à l'épreuve du temps: quel(s) héritage(s)?*, a cura di C. Alonso, A. Duranthon e J. Schmitz, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 45-62.

(3) M. HAURIOU, *Philosophie du droit et science sociale*, in « *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* », 6 (1899), 12, p. 463.

(4) Ivi, p. 476.

giuridica (si tratta, come si vede, di piegare la sociologia alle esigenze metodologiche della teoria giuridica, più che di giuridificare l'approccio sociologico al diritto). Il diritto ricomprende dunque in sé, in una unità normativa in ultima istanza inscindibile, fondamenti sociali e fondamenti assiologici. L'ordinamento giuridico non può mai ridursi a mero fatto sociale, perché al contempo posizione di valori, norma regolativa, dover essere. Detto ancora altrimenti, le istituzioni sono *ab origine* realtà giuridiche, e non semplici concrezioni estranee al diritto (pur se rilevanti per la comprensione e lo sviluppo di esso, come vuole la sociologia del diritto meno lontana da un approccio istituzionalista). Sociologia giuridica, e non propriamente diritto, è per Hauriou anche ogni forma di oggettivismo integrale (compreso il diritto oggettivo del suo sodale e rivale, Léon Duguit), in quanto, nel confondere la creazione con la durata e la conservazione con l'azione, in ultimo prescinde dall'apporto, di contro ineliminabile, delle capacità creative, della volontà e della coscienza del singolo, uniche forze propulsive di ogni intrapresa giuridica (forze la cui misteriosa e tuttavia sempre rinnovellantesi emersione non si dà a vedere ad alcuno sguardo sociologico) <sup>(5)</sup>.

Vi è una nota affermazione di Hauriou sulla sociologia: « Un po' di sociologia allontana dal diritto, molta riconduce a esso » <sup>(6)</sup>. Giocata sul paradosso, l'asserzione ha di mira l'impostazione sociologica di Durkheim, che fa della sociologia lo studio comparativo delle istituzioni in cui si produce e riproduce la vita dei gruppi sociali. Poca sociologia, secondo Hauriou, in quanto si astraie da ogni dato non immediatamente sociologico (fattori biologici, variabili psicologiche, ecc.) per rinserrare l'analisi del sociale in un

---

<sup>(5)</sup> Come Hauriou rimarcherà nel 1925, « l'ambiente sociale dispone soltanto di una forza di inerzia che si traduce in un potere di rafforzamento di iniziative individuali, nel caso in cui le faccia proprie, o, al contrario, di inibizione e di reazione, nel caso in cui le ricusi; ma non ha di per sé alcuna possibilità di iniziativa né alcun potere di creazione; è impossibile che da esso origini una regola di diritto creatrice che, in ipotesi, precederebbe ciò che si trattava di creare » (M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, a cura di A. Salvatore, Macerata, Quodlibet, 2019, p. 26).

<sup>(6)</sup> M. HAURIOU, *Les facultés de droit et la sociologie*, in « Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger », 17 (1893), pp. 289-295.

sistema autofondato. Quel che più rileva, si fa del diritto una forma di regolazione non autosufficiente del reale, come tale da ricondurre a un legame sociale che ha altrove la sua scaturigine e il suo fondamento. È in tale quadro che Hauriou opera una svolta decisiva, ed è questa, al di là di ogni altro più specifico apporto, a farne il fondatore indiscusso dell'istituzionalismo giuridico: *l'istituzione, da dato giuridico da comprendere, diviene la chiave di accesso alla comprensione del diritto*. Il diritto, a sua volta, non è più inteso quale parte di una più ampia e articolata organizzazione sociale, ma è questa stessa organizzazione, il « fedele specchio della società » (7) nel suo complesso.

## 2. *Il cammino dell'istituzione.*

Il cammino di Hauriou verso una compiuta teoria dell'istituzione è lungo, accidentato e non privo di sentieri senza uscita, né all'approdo tutte le questioni sollevate o incontrate durante il percorso potranno dirsi risolte. Prima di giungere al famoso saggio del 1925, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, digressioni, singole trattazioni o anche semplici chiarimenti terminologici concernenti significato e portata dell'approccio istituzionale sono inseriti, in modo se non occasionale certo non molto più che rapsodico, in varie trattazioni, perlopiù manualistiche, del diritto pubblico e del diritto amministrativo, oltre che in alcuni saggi tematici, che peraltro la sistemazione del 1925 in parte presupporrà come base di partenza per l'esposizione, in parte rivedrà in più di un punto, spesso tutt'altro che secondario. Quanto è dunque necessario tenere presente è che l'istituzionalismo giuridico di Hauriou va ricondotto anzitutto, vale a dire al di là delle singole e più o meno articolate trattazioni che ne scandiscono l'evoluzione, all'intuizione fondamentale secondo cui l'istituzione è lo strumento principe per la comprensione del diritto e che pertanto senza tale chiave di accesso è impossibile non solo comprendere ma finanche perimetrare un ordinamento giuridico. Più che un approccio all'ordine giuridico in

---

(7) M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, in « Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger », 22 (1898), pp. 5-23, 119-140: p. 6.

grado di risolvere i vari problemi e le molteplici tensioni che società complesse pongono inevitabilmente al legislatore (e ancor più al giurista), l'istituzionalismo giuridico, e non solo nella originaria formulazione hauriouiana, va visto come un tentativo di analisi giuridica che dischiude, moltiplicandone articolazioni e punti di fuga, la straordinaria complessità di quella proteiforme modalità regolativa che è il diritto.

Ma, prima di ogni altra considerazione, cos'è un'istituzione (domanda che qui limitiamo all'ambito giuridico <sup>(8)</sup>)? Sia consentito questo interrogativo, per altri versi ovviamente ridondante in un testo tematicamente dedicato all'istituzionalismo, in ragione della specificità della risposta hauriouiana. *Institutio* rimanda classicamente al verbo *in-statuere* (dove il prefisso ha una valenza al contempo intensiva e locativa): creare, istituire, fondare, ma più precisamente rendere stabile qualcosa racchiudendolo in uno spazio delimitato e distinto rispetto al circostante, uno spazio che, senza privare il contesto regolativo delle sue potenzialità relazionali in rapporto al più ampio contesto comunitario, assicura una migliore riproduzione dell'ordine che in esso si estrinseca. L'attività regolatrice e dispositiva si riflette nell'accezione di « istituire » nel senso di istruire e prescrivere, vale a dire di innervare la realtà secondo direttrici di ordine che si integrano in un superiore ideale compositivo e in un più comprensivo sistema di regolazione. È con la canonistica medievale che questo concetto di istituzione viene iscritto in una ben definita cornice giuridica: l'istituzione diviene *l'organizzazione di un potere attorno a un'idea* (o, se si vuole, il processo di concrezione di un ideale di scopo in forme tali da rendere possibile e funzionale il suo perseguimento nella dimensione sociale). Precondizione essenziale è l'intervento di un'autorità esterna rispetto alla libera disposizione delle parti originariamente riunitesi per il conseguimento di un fine condiviso. La caratteristica distintiva della neonata istituzione giuridica è tutta qui: rispetto alla corporazione (*collegium* finalizzato al raggiungimento di determinati vantaggi, ottenibili solo tramite l'unione delle risorse di più individui, che a tal fine si consociano) essa si distingue per il fatto,

---

(8) Per un più comprensivo inquadramento del concetto, cfr. M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione*, Roma, Carocci, 2010.

decisivo, che mentre la prima agisce conformemente alla volontà dei consociati (e dunque in forme autonome), l'istituzione si limita a eseguire la volontà superiore che ha presieduto al suo nascere, di fatto creandola tramite un atto unilaterale di autorità. Il processo che, seguendo nuovamente una risalente tradizione canonistica, viene definito « incorporazione » altro non è, in ultima istanza, che un *processo di transustanziazione* tramite il quale un'idea si commuta in fatto sociale, si materializza nella realtà, passa da stato mentale del singolo a elemento ostensibile del contesto comunitario, da volontà contingente di contingenti componenti a formalizzazione di ruoli e saperi che assicurano determinate funzioni giuridiche al di là dei singoli e sempre perituri interagenti chiamati a svolgere qui e ora detta funzione. La teoria dell'istituzione di Hauriou è, problematicamente, tutta qui <sup>(9)</sup>.

Nell'intendere l'istituzione anzitutto come la modalità e il processo tramite cui un'idea di intrapresa collettiva può farsi mondo e ingranarsi in esso (ovvero rendersi forma sociale duratura in mezzo ad altre forme simili), Hauriou fornisce una fecondissima chiave interpretativa, di natura anzitutto epistemologica, circe le modalità in cui la società in quanto tale si produce e riproduce. Secondo tale prospettiva, il diritto viene plasmato non già a opera di organi legislativi o istanze decisionali a tal fine artificialmente create, ma dalla spontanea interazione di individui che si organizzano autonomamente per l'ottenimento di un determinato fine. In quest'ottica, l'analisi istituzionale rivendica la capacità di dar conto delle concrete forme di creazione e funzionamento di *ogni* gruppo organizzato, aprendo l'indagine giuridica a una costitutiva multidisciplinarietà e a una sua più comprensiva riformulazione in termini di ontologia sociale. Le relazioni sociali primarie, quelle concernenti gli individui, finiscono sempre per strutturarsi in relazioni di gruppo, che formano a loro volta una rete di organizzazioni sociali le cui connessioni risultano coestensive con la più ampia comunità. Ma a risultare

---

(9) Per un inquadramento della dottrina canonistica concernente il concetto di istituzione, cfr. P.G. CARON, *Il concetto di institutio nel diritto della Chiesa*, in « Il diritto ecclesiastico », 70 (1959), parte 1, pp. 328-367, e Y. SASSIER, *Réflexion autour du sens d'instituer, institutio, instituta au Moyen Âge*, in *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, a cura di J.-P. Bras, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 19-33.

primaria — ed è questa la chiave e al contempo la tesi fondamentale dell'ontologia sociale delineata da Hauriou — è l'organizzazione collettiva, in quanto ogni interazione tra individui ha luogo, e risulta concepibile, comunque all'interno di una organizzazione che sola rende gli attori sociali capaci di interazione. Di qui un sempre labile, ma imprescindibile, equilibrio tra singolo e collettività: « La realtà concreta totale è l'individuo all'interno del gruppo e il gruppo esaurentesi nell'individualità »<sup>(10)</sup>.

Come detto, che marca e filigrana del diritto siano di origine sociale è convinzione che connota la produzione hauriouiana sin dai primissimi scritti, come varie sono le sortite in chiave istituzionalista sparse in parte consistente della sua produzione. È tuttavia solo nel 1906 che Hauriou, il quale ha al tempo più di cinquant'anni e una carriera accademica di tutto rispetto alle spalle, acquista piena coscienza del fatto che il diritto nella sua interezza, e non già soltanto in qualche suo snodo fondamentale, altro non è che istituzione, vale a dire un insieme di contesti interazionali, ora più ora meno articolati, strutturati, organizzati e coordinantisi secondo rapporti di gerarchia o contiguità (di qui il termine di istituzionalismo). Se l'ordine giuridico altro non è che l'insieme delle interazioni sociali regolate, allora esso è interamente riducibile a un insieme di contesti interazionali relativamente autosufficienti, dal momento che l'istituzione altro non è, a sua volta, che un'unione di più persone che si raggruppano al fine di cooperare in vista di uno scopo comune, ossia condiviso nella sua interezza da più individui che per ciò stesso mettono volontariamente a disposizione, ai fini di una coordinata azione collettiva, risorse epistemiche e materiali necessarie per il conseguimento di tale fine. L'acquisizione capitale del saggio del 1906 che tra un attimo considereremo, in ragione della quale si può a pieno diritto far risalire la prima organica teoria dell'istituzione a tale scritto, è dunque una grammatica giuridica interamente riconducibile al concetto di istituzione, se non addirittura a un alfabeto istituzionale.

In una lunga nota ricompresa nella pubblicazione postuma, curata dal figlio André sulla base di aggiunte e correzioni approntate

---

(10) HAURIU, *De la personnalité*, cit., p. 18.

dal padre in vista di quella che sarebbe stata la dodicesima edizione del suo fortunato *Précis de droit administratif et de droit public* <sup>(11)</sup>, Hauriou afferma che una teoria dell'istituzione, inizialmente motivata dall'indagine sul complesso rapporto tra personalità giuridica e personalità morale, era « in cantiere » sin dal 1906, anno delle prime due compiute esposizioni dell'approccio istituzionalista: la prima contenuta nella sesta edizione del già citato compendio (interamente rivisto rispetto all'edizione precedente, risalente al 1903), che si apre proprio con un lungo capitolo dedicato al concetto di istituzione, inteso quale chiave di volta dell'intero diritto pubblico; la seconda in un non meno lungo articolo dal titolo *L'institution et le droit statutaire*, concepito per ovviare alla mancanza di una adeguata trattazione del diritto statutario nella riscrittura in chiave istituzionalista della nuova edizione del compendio (nuova edizione che uscirà tuttavia nel 1907, ma di cui significativamente Hauriou anticipa la prefazione in estratto, evenienza fino ad allora inedita e mai più replicata in seguito) <sup>(12)</sup>. La stessa nota postuma che abbiamo richiamato rivela come la teoria, in un costante processo di riscrittura, sia stata poi trasposta, ma in forme che Hauriou giudica ancora insoddisfacenti, nelle due edizioni dei *Principes de droit public* (1910 e 1916), per giungere a una forma sufficientemente compiuta solo con la prima edizione del *Précis de droit constitutionnel* (1923) e da ultimo in quello che definisce il *mémoire* del 1925 (*La théorie de l'institution et de la fondation*).

Dobbiamo dunque riandare al 1906, anno di grazia <sup>(13)</sup> delle

---

<sup>(11)</sup> M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, pp. 45-47, nota 4.

<sup>(12)</sup> Cfr. M. HAURIUO, *Préface sur le droit public*, Bar-le-Duc, Contant-Laguerre, 1906; ID., *L'institution et le droit statutaire*, in « Recueil de législation de Toulouse », 2 (1906), pp. 134-182; ID., *Les institutions*, in ID., *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1907<sup>6</sup>, pp. 1-37.

<sup>(13)</sup> Oltre alle due trattazioni hauriouiane il 1906 conosce altri due testi, forse meno noti ma non meno decisivi per cogliere un fermento evidentemente non confinabile a un unico contesto (men che meno a un unico autore): in *Soziologie und Jurisprudenz* (Czernowitz, 1906) Eugen Ehrlich afferma che il diritto proviene da forze sociali produttive di fatti giuridici; similmente, Hermann Kantorowicz, in un breve testo significativamente intitolato *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (Heidelberg, Winter, 1906), sostiene l'esistenza, accanto al diritto positivo, di un diritto libero che si sostanzia

prime due consapevoli e articolate trattazioni in chiave compiutamente istituzionalista di tutta la produzione hauriouviana. È in apertura della sesta edizione del *Précis de droit administratif et de droit public* — una scelta, questa di un *incipit* così disciplinarmente anti-istituzionale, tanto audace quanto eloquente — che Hauriou presenta un lungo capitolo esplicitamente dedicato alla teoria dell'istituzione. La riconfigurazione del campo del diritto pubblico è, di nuovo, tanto pacata nei toni quanto dirompente nella sostanza: il diritto pubblico non ha a che fare anzitutto con lo Stato, ma è scienza delle istituzioni, tra cui certo figura lo Stato ma senza che la sua centralità debba far perdere di vista il fatto che si danno effetti di rilevanza pubblica anche già nelle semplici interazioni tra singoli. Precisiamolo subito: per « istituzione » si intende « un'organizzazione sociale, stabilita in relazione con l'ordine generale delle cose, la cui permanenza è assicurata da un equilibrio di forze o da una separazione dei poteri, e che costituisce di per sé uno stato di diritto (*stat per se*) » (14). I caratteri distintivi dell'istituzione sono due: la socialità, vale a dire il carattere non-individualistico dell'organizzazione che essa assicura (si tratta, in altre parole, di un'organizzazione pensata e funzionale per la collettività, e dunque del tutto inservibile, prima ancora che inadatta, a un singolo attore sociale), e la pubblicità, qui da intendersi quale requisito di notorietà e rilevanza all'interno del più ampio contesto sociale (questa sorta di richiesta visibilità, finanche fisica, dell'istituzione avrà non poche conseguenze sul successivo sviluppo della teoria istituzionale hauriouviana, fino a riflettersi nel requisito della concretezza cui Carl Schmitt — ma non diversamente opererà l'organicismo tomista di Georges Renard (15) — vincolerà la sua particolarissima, e al fondo falsante, teoria istituzionale nei primissimi anni Trenta (16)). Ma la

---

nelle convinzioni giuridiche dei membri della comunità e che del diritto positivo è l'originaria fonte.

(14) HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, cit., p. 8.

(15) Per un lucido confronto lungo un *continuum* istituzionalista a sostanzialità crescente, si veda l'antologia *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, a cura di A. Broderick, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1970.

(16) Sulla lettura schmittiana di Hauriou, cfr. T. VON BÜREN, *Carl Schmitt, lecteur de Hauriou*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 181-193; O. JOUANJAN, *Sur*

tesi più gravida di conseguenze è senz'altro quella secondo cui l'istituzione è al contempo il mezzo e il processo tramite i quali uno stato di fatto si trasforma — si transustanzia, per rifarsi all'originaria semantica canonistica — in uno stato di diritto, secondo una progressiva gradualità che non ci pare tuttavia priva di un certo irenismo (o, qui sì, troppo confidente tomismo):

Non è la durata del fatto che produce lo stato di diritto, ma il miglioramento del fatto a opera del suo adattamento progressivo alle condizioni del diritto e della morale. E ciò che permette di presumere il miglioramento del fatto è la *durata in una condizione pacifica*. Si è tenuti a credere che ciò che ha perdurato *in una condizione pacifica* per un tempo sufficientemente lungo non si mantenga unicamente tramite la forza, ma per la libera adesione delle coscienze e in virtù del fatto che esso non risulta in disaccordo né con il sentimento del diritto che hanno gli individui né con le loro tendenze morali <sup>(17)</sup>.

### 3. *L'istituzione come archetipo giuridico.*

Il secondo testo del 1906, l'articolo *L'institution et le droit statutaire*, a tutta prima una semplice analisi del concetto di diritto statutario (a detta dello stesso Hauriou troppo frettolosamente indagato nell'altro scritto del medesimo anno che abbiamo sopra considerato), si rivela in realtà una radicale messa in questione tanto dell'esclusività quanto della centralità del contratto quale procedura storicamente e concettualmente privilegiata per la statuizione e la legittimazione non solo dei rapporti di commercio giuridico, per rifarsi alla dizione hauriouviana, ma finanche delle norme di diritto pubblico, e dunque, in una critica che come vedremo si estende implicitamente all'intera tradizione contrattualistica moderna, dell'ordine e dell'ordinamento statali nel loro complesso. Se parte rilevante — e in ogni caso di fatto maggioritaria — della storia del pensiero politico moderno ha visto nella forma contrattuale il *medium* privilegiato per una istituzione dello Stato che scartasse sì

---

*une réception allemande de la pensée de Maurice Hauriou: Carl Schmitt et la théorie de l'institution*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 195-212; M. CROCE, A. SALVATORE, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Abingdon, Routledge, 2013, pp. 94-108.

<sup>(17)</sup> HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, cit., p. 16.

formalmente rispetto agli accordi inter-individuali (contratto sì, ma di rilevanza sociale) per recuperare tuttavia nella sostanza la comune matrice consensualista e tramite essa la condivisa logica pattizia (di rilevanza sociale, ma pur sempre un contratto), Hauriou è fermissimo nell'intento di operare anche a tal riguardo una netta rottura, che si sostanzia in una dirimente divisione delle funzioni e degli ambiti di competenza: la forma contratto ha a che fare con un consenso esplicito a una convenzione artificiale e pertiene ai soli rapporti individuali; il diritto statutario, di contro, implica l'adesione a un fatto oggettivo ed è la sola forma giuridica ammissibile per ogni frangente della vita associata in cui si prescinda e si superi il rapporto sinallagmatico tra singoli interagenti.

Anzitutto un riequilibrio, a tutta prima quasi di semplice prospettiva: qualsivoglia atto, non solo gli atti giuridici, non può non trasformarsi, per una sorta di inerzia effettiva che presiede alle umane cose, in un fatto storico (nel semplice senso di non più in essere nella sua attualità). Ricorrendo a una di quelle immagini evocative con cui non disdegnava di impreziosire, sempre con la dovuta misura, parti di testo di una qualche rilevanza, Hauriou aggiunge dell'altro: sebbene spesso, e anzi inevitabilmente, siano gli atti a balzare immediatamente agli occhi, essi in realtà non sono che « una fosforescenza passeggera sulla trama oscura dei fatti »<sup>(18)</sup>, che dunque percepiamo proprio perché diamo per scontato, pur se in modo irriflesso, uno sfondo, stagliandosi sul quale soltanto gli atti in questione possono essere percepiti come tali, ossia come azioni che mutano lo stato di cose (già) esistente. Ma, non appena posta la distinzione, Hauriou passa a contestare anche l'associazione tra atto e volontarietà: esistono tanto fatti non involontari quanto atti non riconducibili a una volontà soggettiva. A far la differenza è, di contro, la durata: « il fatto giuridico è ciò che è accaduto volontariamente o involontariamente; l'atto giuridico è *ciò che accade* e che non è ancora accaduto, ciò che è ancora *in atto* »<sup>(19)</sup>. Certo, all'origine vi è sempre un atto volontario — ed è, se si vuole, tutto qui l'irriducibile individualismo hauriouiano — che pone in essere uno stato di cose che diviene gradualmente un fatto, vale a dire un

---

(18) HAURIU, *L'institution et le droit statutaire*, cit., p. 140.

(19) Ivi, p. 142.

qualcosa di compiuto: è a tale fatto, che continua a produrre effetti giuridici, che poi aderisce la gran parte dei consociati, non foss'altro per mere asincronia (si pensi a quanto siano in fondo pochissime le realtà, non solo giuridiche, del cui atto fondativo, per così dire, siamo o possiamo essere partecipi o anche solo testimoni). Agli atti di consenso devono dunque essere aggiunti, in sede teorica, i *fatti di consenso*; e anzi, un fatto di consenso non è altro che l'adesione a un atto che ha esaurito, perché definitivamente inveratasi, la sua ragion d'essere come iniziativa individuale e come manifestazione di volontà in atto e che pertanto si separa dal suo ideatore, rimanendo tuttavia sempre possibile oggetto di un consenso attuale (questa, in sostanza, l'adesione al fatto). Il compimento, o in termini più esatti l'esecutività, di un atto si scinde così dal contenuto dello stesso (nesso essenziale tra esecuzione e contenuto si dà solo negli atti semplici, in cui chi esegue compie una certa azione perché quel contratto ha quel dato contenuto come oggetto dell'accordo). Ogni atto diviene così, in un concatenamento di adesioni che si formalizza e raccorda in una procedura finale che chiude il circolo, un fatto oggetto di consenso per l'atto successivo, « nel modo in cui cresce un banco di corallo, con gli strati di zoofiti viventi che si sovrappongono alle secrezioni degli zoofiti morti e secernendo a loro volta per i futuri zoofiti delle assise, le cui sedimentazioni finiranno per costituire degli arcipelaghi »<sup>(20)</sup>. La formalizzazione di questa serie di atti, che Hauriou con esplicito rimando alla scuola giuridica tedesca definisce « atto complesso »<sup>(21)</sup>, è necessaria per passare da un consenso che si dà solo parzialmente (in quanto adesione attuale a un singolo fatto, non alla serie di fatti nella sua interezza) e in forme eterogenee (le ragioni per aderire a un dato fatto possono ben essere in attrito con quelle che motivano l'adesione ad altri fatti della serie) a un consenso esplicitamente e chiaramente orientato al potenziale regolativo e agli scopi istituzionali dell'atto complesso, consenso che può darsi, insiste Hauriou, solo in presenza e nei

---

<sup>(20)</sup> Ivi, p. 151.

<sup>(21)</sup> Sui rapporti tra Hauriou e la giuspubblicistica tedesca, cfr. C. ARGYRIADIS-KERVÉGAN, *Rapprochements entre la théorie de l'institution de M. Hauriou et la doctrine publiciste allemande de la fin du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle*, in *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, cit., pp. 123-151.

riguardi di un atto. Ogni istituzione vive di atti complessi e non si danno atti complessi senza un estrinseco ancoraggio istituzionale.

Sarebbe sufficiente questa ripartizione delle forme di assenso in atti di consenso e fatti di adesione per confinare la forma contrattuale, se non a un ruolo ancillare, a procedura subordinata delle modalità di regolazione di un contesto sociale. Ma il ridimensionamento — di fatto un demansionamento — della procedura contrattuale, pur operato da Hauriou con la placida e quasi distaccata freddezza dell'entomologo del diritto, risulta ancora più marcato allorché il contratto, nella terza parte del primo paragrafo del testo in discussione, viene definito esso stesso un atto giuridico complesso e dunque disconosciuto quale esclusiva e precipua modalità di immediata e consapevole espressione di assenso a un contenuto e a una volontà esecutiva vincolanti le parti:

Il contratto consensuale moderno, e specialmente il contratto sinalagmatico, non è esso stesso che un'operazione giuridica complessa in cui, tramite lo sforzo della capacità di previsione che è data agli esseri umani, tutti i fatti successivi della procedura di esecuzione si riducono a null'altro che clausole dell'atto iniziale e di conseguenza sono incorporati all'atto, grazie all'elemento giuridico dell'obbligazione (22).

Il contratto si presenta dunque, nella radicale riconfigurazione operata da Hauriou, come un tentativo, ambizioso se non proprio azzardato (« ardito », media saggiamente Hauriou, ma « il più ardito che si possa immaginare »), di dominare tramite la volontà, assistita da una capacità previsionale che può quel che può, di ricondurre tutti i fatti successivi a un originario atto di consenso che li preveda sin da subito (nel duplice senso di contemplarli e prefigurarli), affidando l'esecuzione dell'atto al darsi, quantomeno nel breve termine, degli stati di cose futuri (o fatti) che si è inteso ricondurre all'atto originario al fine di una sorta di approvazione *ex ante* che obbliga i contraenti. In una simile prospettiva, il contratto altro non è che una forma istituzionale improvvidamente sincopata, che pretende — e in casi liminari necessita — di operare in anticipo quella ricapitolazione delle occorrenze giuridicamente rilevanti che sarebbe

---

(22) HAURIOU, *L'institution et le droit statutaire*, cit., pp. 157-158.

bene formalizzare solo una volta configuratesi, con sufficiente chiarezza e determinazione, estensione e portata degli effetti giuridici di una data intrapresa. Ciò rende l'istituzione ben più duratura, elastica e stabile del contratto, proprio perché non (auto)vincolata a una configurazione anticipata del quadro giuridico da normare. Ma c'è di più: contrariamente a quanto sostiene, o lascia intendere, la *factio* demiurgica del contrattualismo (come detto, anche di portata non pubblicistica), si sono avute nella storia molte operazioni giuridiche prima che ci si preoccupasse di redigere dei contratti, i quali difatti presuppongono tanto una capacità quanto soprattutto una necessità previsionale che, secondo Hauriou, rappresentano già uno stadio piuttosto avanzato della civilizzazione, mentre l'istituzione implica l'adesione a una procedura di produzione e conservazione del diritto, e non primariamente alle singole operazioni che tale procedura pone in essere (riprova ne sia che all'inottemperanza di determinati impegni, il contratto è risolto, evenienza che ne fa un'attività, mentre l'istituzione, che comunque permane, ed appartiene dunque alla classe delle « esistenze pure », prevede solo l'eventuale uscita, su base volontaria, dei componenti in dissenso). È solo dunque l'atto complesso, e per così dire riepilogativo dell'insieme delle operazioni di rilevanza giuridica, che può ricomprendere, recuperandola retroattivamente, la situazione iniziale (proceduralmente articolata sì, ma in forme in origine pre-contrattuali) in cui due o più individui consentono a uno stato di cose che ha effetti giuridici pur in assenza di una formale esplicitazione di essi (è il caso, tra i tanti esempi possibili, di un prestito non formalizzato o di determinate forme di convivenza di fatto).

Il diritto pubblico è dunque, pressoché nella sua interezza, non già diritto contrattuale, ma diritto statutario, vale a dire un diritto che si articola in statuti atti a regolare la vita interna di un'istituzione o, seguendo Hauriou, « quel diritto che si elabora in seno a un'istituzione per definirla nell'interesse individuale dei suoi membri », anzitutto determinando competenze e prerogative di ciascun interagente<sup>(23)</sup>. La grande antitesi moderna che oppone, in forme nella sostanza mutuamente esclusive e congiuntamente esaustive, conven-

---

(23) Ivi, p. 161.

zione e deliberazione è in questa prospettiva, in cui la moderazione dei toni accompagna la radicalità delle tesi, del tutto secondaria, in quanto ogni atto deliberativo, e massimamente il contratto, non fa che porre il precedente in via ipotetica, per subito trasformarlo immediatamente in regola a seguito di una procedura che riassume e sintetizza in un atto ridotto la discussione svoltasi nei secoli (o negli anni) circa la proficuità di una data regolazione. Lo statuto individuale dei singoli membri dell'istituzione si svincola poi dal titolare attuale per divenire un'individualità oggettiva (un ruolo giuridico, non una data persona) e transitare così da diritto soggettivo a diritto reale (quel diritto, cioè, secondo l'originale riformulazione hauriouiana, che traduce in termini giuridici e senza mediazioni per tramite di atti l'esistenza fattuale degli esseri e delle cose). Il titolare di una funzione, in questa prospettiva, acquisirà per ciò stesso delle facoltà inerenti all'incarico, come tali opponibili a qualsiasi altro organo dell'istituzione. Ne segue — e che questo sia poco più di un corollario nell'esposizione di Hauriou è la miglior riprova del radicale cambiamento di prospettiva — che le garanzie e le prerogative giuridiche verranno assicurate alla persona morale solo per tramite dell'istituzione, e più precisamente del diritto reale sulla funzione che la struttura istituzionale al contempo implica, riconosce e rende effettivo. Si danno diritti perché si dà un'istituzione, e anzi delle vere e proprie garanzie istituzionali, che, prima della coartante e surrettizia riconfigurazione schmittiana, hanno qui il loro momento di gloria giuridica, e una gloria tutta finalizzata, in ultima istanza, all'esaltazione delle prerogative dei singoli. È evidente, ciò chiarito, che diritti da opporre all'istituzione, che del resto di essi viene presentata come la più solida dispensatrice, non hanno qui cittadinanza. Diritti, si badi, non anche norme; ciò significa che, almeno per Hauriou, sono ben concepibili garanzie individuali anche in assenza di guarentigie personali (con il che si può forse ridimensionare quell'ideologia, questa sì tutta moderna, che eleva i diritti individuali (o soggettivi o fondamentali) a esclusiva condizione di possibilità, quando non addirittura di pensabilità, delle libertà di ciascuna e ciascuno). Sia detto, in ultimo, che le garanzie della forma contrattuale non possono non risentire della (o, se si vuole, dipendere dalla) capacità di contrattazione, soggettiva e oggettiva, delle parti, il che non ne fa di per sé una grande garanzia di equa e

paritaria considerazione per tutti i contraenti (e non a caso Hauriou definisce il contratto una « fonte di potere consentito »<sup>(24)</sup>). Il lettore che di questi tempi ha la fortuna di avere un lavoro provi a pensare se preferirebbe veder stabilite le proprie condizioni lavorative tramite una contrattazione privata con il suo datore di lavoro (o con il suo superiore) o se non si affiderebbe, piuttosto, con minori patemi, alla fredda astrazione di una contrattazione collettiva in cui partecipi del più anonimo ma più rassicurante ruolo di fattispecie generalizzata.

#### 4. *Anatomia dell'istituzione.*

Alla luce di quanto fin qui ricostruito è lecito affermare, di contro a interpretazioni che potremmo definire 'sostanzialiste', che la teoria dell'istituzione di Hauriou è, prima di ogni altra cosa, una capitale scelta metodologica, si potrebbe dire un'euristica, che si sostanzia in una grammatica giuridica che riarticola dalle fondamentali componenti e organizzazione del diritto pubblico (per tacere qui, per spazio e competenze di chi scrive, entrambi inevitabilmente limitati, del diritto amministrativo<sup>(25)</sup>). Detto altrimenti, la teoria dell'istituzione non è uno degli apporti giuridici, accanto ad altri, della riflessione di Hauriou (tra i quali, la teoria sulla decentralizzazione, sulla gestione amministrativa, sull'atto amministrativo, sul ricorso per eccesso di potere, ecc.), ma è un diverso approccio al fenomeno giuridico, solo tramite il quale gli altri e assai diversificati contributi hauriouviani al diritto risultano possibili e perspicui (oltre che riconducibili a unità, il che non ci pare irrilevante per un giudizio complessivo sulla prestazione teorica di Hauriou, troppo spesso accusata di eccessi rapsodici, specie in confronto al diligente amor di sistema di un Léon Duguit). La teoria dell'istituzione è insomma al contempo un nuovo metodo di analisi del fenomeno giuridico e un nuovo approccio alle regolarità sociali che fa di tale metodo la chiave di volta per una nuova teoria generale del diritto e

---

<sup>(24)</sup> HAURIUO, *De la personnalité*, cit., p. 16.

<sup>(25)</sup> Per un primo approccio al tema, cfr. J. CHEVALLIER, *Les linéaments d'une théorie sociologique de l'administration*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 621-632.

dello Stato<sup>(26)</sup>. Una teoria che se anche non sembra mutare le strutture fondamentali di quest'ultimo (ma è appunto poco più di un'apparenza), ne riarticola dalle fondamenta senso e funzione, in un sempre pericolante e di volta in volta sempre riguadagnato equilibrio tra istanze positiviste e istanze spiritualiste (con il loro non meno problematico punto di caduta in quel richiamo al vitalismo che, né scientismo né misticismo, è l'«evidenza non vista» che marca l'intera riflessione di Hauriou<sup>(27)</sup>, non a caso incluso nel sottotitolo dello scritto relativamente sistematizzante del 1925 che ci apprestiamo, finalmente, a considerare).

«La grande affaire de ma vie». Queste le parole con cui Hauriou presenta la sua teoria dell'istituzione in una lettera a Jacques Chevalier del 14 giugno 1923, due anni prima della pubblicazione del lungo saggio destinato a divenire, a pochi anni dalla sua apparizione, il testo fondativo dell'istituzionalismo giuridico: *La théorie de l'institution et de la fondation*. Il testo, con il significativo (e spesso, come detto, trascurato) sottotitolo di *Essai de vitalisme social*, compare come articolo di apertura in un fascicolo della rivista «Cahiers de la Nouvelle Journée» (un periodico riconducibile al cattolicesimo moderato vicino al *Parti démocrate populaire*), dallo sbrigativo titolo *La cité moderne et les transformations du droit*, edito nel 1925<sup>(28)</sup>. Come chiarito in una lettera del 22 giugno 1924 a Paul Archambault, fondatore e redattore della rivista, l'intento di Hau-

---

(26) Inedito, ancor più che innovativo, ci sembra del resto un liberalismo — che tale è indubbiamente l'impianto giuspubblicistico di Hauriou — che deduca dalla primazia istituzionale un principio come il seguente: «Da questo punto di vista, si ha un governo di istituzioni piuttosto che un governo di uomini, in quanto le istituzioni rilevano, per la durata dell'ordine sociale, più degli esseri umani» (HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 73).

(27) Cfr. J.-A. MAZÈRES, *Le vitalisme social de Maurice Hauriou (ou le sous-titre oublié)*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 229-238.

(28) Cfr. M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, in *La cité moderne et les transformations du droit* («Cahiers de la Nouvelle Journée», 4), Paris, Bloud et Gay, 1925, pp. 2-45. Per la ricostruzione della genesi e la fortuna del saggio, cfr. A. SALVATORE, *Presentazione*, in HAURIOU, *La teoria dell'istituzione*, cit., pp. 7-14 (e 115-121 per una bibliografia critica del testo in questione). Per un inquadramento complessivo dell'opera nella più ampia produzione scientifica di Hauriou, cfr. J. SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013.

riou è quello di approntare una « messa a punto per il grande pubblico » della sua teoria dell'istituzione, nell'attesa, che sarà destinata a rimanere tale, di trarne una più compiuta monografia. L'obiettivo principale — avverte Hauriou (ed è un avvertimento che dovrebbe indurre soprattutto il lettore odierno a inscrivere l'istituzionalismo hauriouviano in una più ben più comprensiva storia delle idee del primo venticinquennio del Novecento) — è rispondere a quello che Hauriou avverte come il problema fondamentale delle scienze sociali: dove risiede e a cosa è da ricondurre in concreto il potere creativo, non solo di carattere giuridico, presente in ogni società? Come si vede, la questione va ben oltre l'ambito, pur privilegiato, del diritto: si tratta di indagare il primo motore mobile del regno sociale, le forze che rendono ogni spazio di interazione il campo, contrastato e ogni volta da riconquistare, di spazi di libertà che si articolano e difendono necessariamente in comune. In una parola, la scintilla, il *fiat* creatore che dà vita e fa esistere il mondo sociale. Se dunque si vuole parlare di un vitalismo esistenziale di Hauriou <sup>(29)</sup>, la sua ragion d'essere non dimora né in foreste nere né alligna tra fumiganti alambicchi: si tratta 'semplicemente' di indagare come gli esseri umani diano forma alle loro idee e ne assicurino la realizzazione tramite intraprese collettive che strutturano e informano le comunità in cui essi vivono. Detto altrimenti, in gioco è la possibilità di fare di determinate prassi giuridiche dei generatori di energia ordinamentale mediante cui perpetuare la vita in forme tali da accrescerne le potenzialità creative, avendo cura di non distorcere né pervertire ragioni e finalità per le quali un dato progetto comune è stato intrapreso.

L'inizio del saggio dà per pacifico, o comunque per acquisito, un assunto, come visto, di grande rottura con la giuspubblicistica classica: « Le istituzioni rappresentano nel diritto, come nella storia, le categorie della durata, della continuità e del reale; *l'insieme delle*

---

(29) Perimetriamolo subito, il vitalismo del saggio: « Si intitola *Saggio di vitalismo sociale* ed è tutta lì la sua pretesa. Le idee direttive [vedremo a breve di cosa si tratta] [...] costituiscono il principio vitale delle istituzioni sociali, alle quali conferiscono una vita loro propria, separabile da quella degli individui, nella misura in cui le idee stesse sono separabili dalle nostre menti e agiscono su di esse » (HAURIOU, *La teoria dell'istituzione*, cit., p. 64).

*operazioni necessarie alla loro fondazione costituisce il fondamento giuridico della società e dello Stato* »<sup>(30)</sup>. Da notare che Hauriou non sta soltanto asserendo che lo Stato altro non è che un insieme di istituzioni, parte concentriche parte intersecantisi, ma si spinge fino a risolvere lo stesso diritto pubblico nella meccanica di formazione dei diversi contesti istituzionali e a ricondurre l'origine del diritto al loro processo di fondazione. Segue, dopo una discussione che mostra la speculare parzialità della visione soggettivistica del diritto sviluppatasi in ambito tedesco e della teoria del diritto oggettivo di marca francese (fasi differenti del medesimo processo giuridico, sentenza Hauriou, non elementi separati), una definizione di istituzione alla quale, nonostante una certa incomoda macchinosità che ci pare appesantisca gli elementi costitutivi della stessa, di qui in avanti Hauriou rimarrà sostanzialmente fedele: Un'istituzione è un'idea di opera o di intrapresa che si realizza e dura giuridicamente in un ambiente sociale. Per la realizzazione di tale idea, si organizza un potere che la dota di organi. Inoltre, tra i membri del gruppo sociale interessato alla realizzazione dell'idea, hanno luogo manifestazioni di comunione dirette dagli organi del potere e regolate da procedure<sup>(31)</sup>.

Segue un fugace accenno a una partizione tra istituzioni corporative e istituzioni-cose (ossia condizioni giuridiche necessarie al darsi delle prime, ma non tali da potersi dotare di una struttura corporativa); una distinzione, purtroppo mai interamente sviluppata nelle sue fecondissime potenzialità da Hauriou, che debitamente indagata avrebbe prevenuto molte, troppe, interpretazioni sostan-

---

<sup>(30)</sup> Ivi, p. 21 (corsivo aggiunto).

<sup>(31)</sup> Ivi, p. 29. Se non immediatamente più perspicua, certo più esauriente è la definizione che Hauriou presceglie in un testo di pochi anni più tardi: « Una organizzazione sociale diviene durevole, ossia conserva la sua forma specifica, nonostante il continuo rinnovamento della materia umana in essa contenuta, quando è *istituita*, vale a dire allorché, per un verso, l'idea direttiva, che è in essa dal momento della sua fondazione, ha potuto subordinare a sé il potere del governo, grazie a bilanciamenti di organi e di potere, e, per altro verso, questo sistema di idee e di bilanciamenti di poteri è stato consacrato, nella sua forma, dal consenso dei membri dell'istituzione come anche dell'ambiente sociale. In sintesi, *la forma dell'istituzione, che ne è l'elemento durevole, consiste in un sistema di bilanciamenti tra poteri e di assensi costruito attorno a un'idea* » (ivi, p. 71).

zialistiche della riflessione hauriouiana (che — sia detto di sfuggita — deve alla consequenzialità tomistica non più di quanto, e dichiaratamente, sia debitrice nei riguardi di un idealismo platonico neanche così temperato <sup>(32)</sup>). Come i poveri mortali che le frequentano, le istituzioni nascono, vivono e muoiono, e si stagliano come condensazioni di regole giuridiche che hanno nell'impersonalità e nella durata le caratteristiche distintive rispetto a più volatili interazioni interne al campo del diritto (tali, ossia giuridiche, in quanto comunque contribuenti alla stabilità di un ordine interno al sociale).

Il prosieguo della prima parte del saggio è pressoché interamente dedicato alla delimitazione dei tre momenti richiamati nella già citata definizione, e che Hauriou così riarticola: « 1) l'idea dell'opera da realizzare all'interno di un gruppo sociale; 2) il potere sociale messo al servizio di questa idea per la sua realizzazione; 3) le manifestazioni di comunione che hanno luogo nel gruppo sociale in rapporto all'idea e alla sua realizzazione » <sup>(33)</sup>. Il primo momento si sostanzia nella ragion d'essere (e, ancor prima, di nascere) di un'istituzione: la finalità che, tramite essa, si intende raggiungere e per la quale un'istituzione assume una data struttura. Finalità che Hauriou, con una scelta terminologica che ha apportato più equivoci che chiarezza, definisce « idea direttiva »: si tratta, in sostanza, del

---

(32) Tra le moltissime — non già molte — citazioni che potrebbero comprovare tale riequilibrio, che qui si è inteso stabilire (e che in realtà sembra piuttosto pendere, e tendere, verso vette iperuraniche), nell'intero *corpus* hauriouiano, ci limitiamo alla più eclatante tra quelle presenti nel saggio in discussione: « Se l'idea fosse la creazione soggettiva della mente di un individuo determinato, non si comprenderebbe come essa potrebbe acquisire il carattere oggettivo che le permetterebbe di passare in un'altra mente. Dato che le idee passano da una mente a un'altra, devono avere, sin da principio, una natura oggettiva. In realtà, non esistono creatori di idee, ma soltanto scopritori di idee. Un troviero, un poeta ispirato, si imbatte in un'idea nello stesso modo in cui un minatore incontra un diamante: le idee oggettive esistono già nel vasto mondo, incorporate nelle cose che ci circondano; nei momenti di ispirazione, le troviamo e le liberiamo della loro ganga » (ivi, p. 34). Ne aggiungiamo giusto un'altra, contenuta nel testo in cui la trattazione della realtà delle istituzioni risulta la più estesa di tutta la produzione hauriouiana: la teoria dell'istituzione « implica una certa credenza filosofica nella vita propria delle idee e nella natura fondamentale ideale degli esseri, che è una sorta di idealismo platonico » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916<sup>2</sup>, p. 281).

(33) HAURIOU, *La teoria dell'istituzione*, cit., p. 30.

principio che determina l'articolarsi e dirigersi dell'istituzione, principio appunto finalizzato alla realizzazione dell'intrapresa per cui la creazione di una data istituzione si è resa necessaria. In questo, chiarisce subito Hauriou, l'idea direttiva si distingue sia dalla funzione sia dallo scopo dell'istituzione. Si distingue dal primo perché, a differenza di esso, è interna all'istituzione e ricomprende in sé l'implicita indicazione delle modalità tramite cui portare a compimento l'intrapresa per la quale l'istituzione è stata pensata (un piano di azione, invece del semplice risultato atteso, per dirla con Hauriou). Si distingue inoltre dalla funzione, come detto, giacché la funzione altro non è che la parte già realizzata (o comunque determinata), e dunque esercitabile, dell'intrapresa, la quale ultima mantiene sempre un momento di progettualità (o, se si vuole, di virtualità prescrittiva), come tale esterna alla funzione. Il secondo momento dell'istituzione è un potere di governo finalizzato alla effettiva realizzazione dell'idea direttiva. Si tratta di un potere organizzato sulla base di due principi, che caratterizzano il potere di ogni istituzione, quali che siano gli ulteriori caratteri di essa e il più ampio contesto sociale in cui si trova ad agire: il principio della separazione dei poteri e il principio del regime rappresentativo. Come chiarisce subito Hauriou, qualsiasi separazione dei poteri altro non è che una separazione di competenze, ed è in questa differenziazione dei ruoli anzitutto logistico-sistemica che Hauriou riesce nell'obiettivo di recuperare a livello strutturale una connotazione dell'istituzione come in sé intrinsecamente e *ab origine* contestata di liberalismo: una prescrizione altrimenti poco più che valoriale si eleva, così oggettivandosi, a necessaria articolazione funzionale<sup>(34)</sup>. È grazie a tale co-essenzialità di istituzione e divisione delle funzioni che Hauriou può asserire — ed è un'altra affermazione capitale, la cui rilevanza è ancora una volta pressoché irrintracciabile in letteratura — che ogni esercizio del potere, se effettivamente tale (vale a dire se articolato funzionalmente nel senso

---

(34) Divisione dei poteri che Hauriou eleva addirittura a sistematica dello Stato, inteso dunque quale gerarchia di competenze separate senza vertici indivisi, nello scritto-manifesto con cui si presenta, grazie all'insistenza e ai buoni uffici di Harold Laski, al pubblico anglofono: cfr. M. HAURIUO, *An Interpretation of the Principles of Public Law*, in «Harvard Law Review», 31 (1898), pp. 813-821.

detto), è di per sé un potere di rilevanza giuridica che pone in essere effetti giuridici. Il principio della rappresentanza, infine, serve ad assicurare, in un'ottica funzionalistica forse meno esplicita ma non meno all'opera, che gli organi di un'istituzione manifestino la volontà degli aderenti a essa, e non la loro propria (con la scelta elettiva dei rappresentanti dichiarata da Hauriou non essenziale allo scopo, certo, ma comunque come la più naturale, in quanto miglior garanzia della comunanza di intenti tra governanti e governati). Il terzo e ultimo momento dell'istituzione, la manifestazione di comunione tra i membri del gruppo, può sciogliersi nella consapevole adesione di tutti i componenti dell'istituzione (membri del gruppo e organi di governo) sia all'opera da realizzare sia ai mezzi per la sua realizzazione: è un riportare a coscienza, per confermarne l'insalfita validità, la condivisione dell'intrapresa collettiva nei suoi momenti costitutivi, adesione che normalmente si dà in forme irriflesse e, forzando un po' la mano a Hauriou, essenzialmente routinarie.

Risparmiamo al lettore il triplice processo di interiorizzazione, incorporazione e personificazione, come anche il momento della fondazione, principalmente discussi nella seconda parte del saggio: si tratta di articolazioni interne al fenomeno istituzionale già indagato e di fatto rilevanti quasi esclusivamente da un punto di vista tecnico, che qui non rileva approfondire. Assai più decisivi risultano, ai nostri scopi, due corollari — e anzi, a ben vedere, due onerosissimi assunti taciti — della complessiva proposta hauriouviana, che richiamiamo pertanto a conclusione di questa breve dissezione del complesso istituzionale, ché con essi sta e cade il portentoso tentativo hauriouviano di ricapitolare le cose del cielo normativo e dell'organizzazione terrena. Si tratta di una doppia consustanzialità, con l'architettura liberale per un verso e con l'ordine sociale per l'altro: l'istituzione è, prima di ogni altra cosa, una partizione di poteri ordinanti che struttura l'unità non ulteriormente scomponibile delle regolarità (e delle forme di regolazione) interne al sociale. Resta da rispondere, dunque, a un'ultima, decisiva, domanda: quali conseguenze ha l'adozione di una simile grammatica giuridica per il problema da cui nel presente saggio, in continuità con gli intenti ordinamentali da cui Hauriou stesso prende le mosse, si era partiti, vale a dire il rapporto tra lo Stato e la pleora di realtà associative, di molto varia natura, che oggi come allora sembrano sfidare quel che

resta del monopolio potestativo di un'autorità centrale di cui da tempo — diciamo, convenzionalmente, da più di un secolo, ormai<sup>(35)</sup> — si fissa la data per le esequie, salvo continuamente rinviarla per morte apparente?

##### 5. *Le colonne d'Ercole del diritto.*

La conciliazione, si vedrà in quali termini, tra lo Stato e i diversi corpi che con Hauriou tornano a configurarsi *pleno iure* (e letteralmente) come intermedi assomiglia a un patto che il giurista stringe con i demoni dell'ordine; potenza diabolica peraltro doppia, come anche etimologicamente gli si confà, in quanto entrambe le parti, la roccaforte statuale e il fronte istituzionale interno, vedono nella controparte qualcosa di molto simile a un coacervo di forze del male intente a erodere, fino a disintegrarle, le virtù (nel caso dello Stato) o le potenzialità (nel caso dei corpi istituzionali a esso interni) ordinamentali del proprio fronte. Come ogni patto con il diavolo, a uscire sconfitto, si sa, è in ultimo e inesorabilmente, chi ha l'incauta idea, e il coraggio, di sedersi al tavolo con il Maligno, e dunque, qui, la stessa teoria hauriouviana, che infine implode sotto il peso di una mediazione inesigibile perché di fatto impossibile. Mediazione che tuttavia Hauriou ha il sacrificale merito di aver portato fino al limite estremo, estendendo al massimo le potenzialità inclusive del diritto, con ciò arrivando a individuare e mappare — ed è impresa che altrettanto notoriamente destina al naufragio, ma non già al fallimento, chiunque vi attenti — le colonne d'Ercole oltre le quali continua in potenza a darsi diritto senza tuttavia più alcuna possibilità di un ordine (si tratta, come si vede, di una fattispecie difficilmente concepibile), prima di doversi inesorabilmente arrendere a correnti indomabili che rendono impossibile sia avvicinarsi ulteriormente al valico sia tornare indietro.

---

<sup>(35)</sup> Facciamo data, rimarcando ancora una volta la mera convenzionalità del rimando, dalla celebre prolusione di Santi ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, Vannucchi, 1909 (poi ristampato in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 5-26). Ci esimiamo invece dal fornire un'anche minimalissima bibliografia sulla crisi, finale o presunta, dello Stato, in ragione del fatto che di esso, come notoriamente del romanzo, si è di fatto certificata la caducità prima ancora della nascita.

L'impresa hauriouviana è già nelle intenzioni lucidamente disperata, anche se probabilmente Hauriou non ne ebbe sin da subito contezza (ma anche tale scarto è classica occorrenza dei folli voli), e siffatta pervicacia è forse il luogo in cui l'ispirazione istituzionalista risalta con più evidenza in tutta la sua adamantina purezza. Hauriou intende infatti salvare la primazia ordinamentale dello Stato, garantendo al contempo il riconoscimento della personalità giuridica di ogni corporazione istituzionale del tutto indipendentemente dall'eventuale assenso di un'autorità preposta a tale compito. Si può anzi essere problematicamente più precisi: Hauriou si rende conto che vi è un'unica possibilità — siamo nel pieno di una fintamente spensierata *Belle époque* — di salvare la primazia potestativa dello Stato, e tale possibilità passa per il tentativo di concepire, e organare, quest'ultimo non più quale creazione primigenia, ma come momento d'ordine generato dalla stessa sostanza giuridica di ogni altra istituzione. Lo Stato può essere messo in salvo, e con esso l'ordinamento giuridico nel suo complesso, con una mossa di ardita e geniale semplicità, certo, ma anche di ingannevolissima affidabilità: mostrando che la materia di cui è fatto è la stessa di ogni altra istituzione, *parterre* di contesti regolativi che esso si sopravanza, ma in virtù di un dato in ultima istanza semplicemente fattuale (e anzi, ancor meno: meramente contingente), vale a dire il maggior raggio d'azione compositiva dei conflitti o anche delle semplici sovrapposizioni ordinamentali che avessero a sorgere tra le altre, dunque subordinate, istituzioni. Mossa geniale, si diceva, perché il contrasto tra l'istituzione Stato e le altre galassie ordinamentali finisce per hegelianamente togliersi, in quanto riassorbito in un universo in cui non c'è grumo di materia d'ordine che non si plasmi in forme istituzionali. E che il cerchio possa chiudersi con un'agnizione risolutiva finale, in cui tutte le istituzioni si scoprono figlie del padre-Stato che ritenevano tiranno, è garantito, e in fondo piuttosto scopertamente prefigurato, dal fatto che la stessa forma istituzionale è sin dall'inizio articolata secondo una fisionomia cripto-statuale; si richiedono, infatti, una costituzione, una rappresentanza e un consenso diffuso ma periodicamente esplicitando, sicché lo Stato si rivela *ab origine* come l'istituzione naturale, nel senso di indistanziabile dalla stessa forma istituzionale. Che dunque l'impianto hauriouviano sia *in ultimo* più funzionale a una restaurazione in chiave

istituzionalista della personalità morale dello Stato che a una genealogia finalizzata a decostruire, o quantomeno relativizzare, la primazia normativa di un corpo sovrano, è conclusione che non ci pare necessari di particolari difese.

E tuttavia la mossa — si accennava anche a questo — si rivela scivolosissima, e semmai sarebbe interessante, quanto con ogni probabilità inappurabile, sapere se e in quale misura Hauriou fosse consapevole sin dall'inizio di un simile piano inclinato. La mossa è a ben vedere sciagurata proprio perché, nel momento in cui si pone tra istituzioni sub-statali e Stato una differenza non più di genere bensì di specie (il che significa che lo Stato entra in un gioco di cui, letteralmente, non detta più le regole, o comunque non più in esclusiva), nulla impedisce — e anzi più di una forza inerziale che è tra le cause principali della situazione cui Hauriou prova a porre rimedio spinge in questo senso — che l'efficacia ordinamentale dello Stato venga dissolta dalla (e nella) moltiplicazione di sfere di ordine che fanno capo a centri istituzionali che non abbisognano più del riconoscimento giuridico di un'autorità centrale. Detto altrimenti, a progetto istituzionale compiuto, Hauriou si rende conto, con un'inquietudine che traspare in più di un'occasione, dell'inavvertita reversibilità dell'operazione istituzionalista: tanto lo Stato può farsi e dirsi istituzione quanto, per converso e assai più problematicamente (non foss'altro per la pluralità dei potenziali contendenti), le istituzioni possono farsi e dirsi Stato, o quantomeno appropriarsi in quota parte delle funzioni detenute fino a quel momento in regime di monopolio (monopolio salvifico o lordato di sangue, e anzi spesso entrambe le evenienze, ma comunque sia dimostratosi in grado di assicurare, più o meno saldamente, un ordine). Ancora: tanto più lo Stato incorpora in sé e di per sé la forma istituzionale, tanto più ogni istituzione potrà rivendicare, già solo per il fatto stesso di profilarsi come realtà istituzionalmente articolata, i suoi quarti di nobiltà ordinamentale potenzialmente *erga omnes* e finanche la sua natura costitutivamente statale.

Che tale scenario dia conto del doppio volto dello Stato in Hauriou — visto come la più poderosa minaccia anti-pluralistica e al contempo l'unica vera garanzia del compimento della riuscita integrazione delle plurime istituzioni operanti in un dato contesto comunitario — è qui meno interessante del nobilissimo, e azzarde-

remmo a dire volutamente non rifuggito, scacco cui, sulla scorta di tale duplicità, va infine incontro la sua teoria dell'istituzione. Un doppio volto, quello dello Stato, che traccia, più precisamente, una parabola teorica che si concentra in una manciata di anni: se ancora nella prima edizione dei *Principes de droit public* (1910) Hauriou rivendica il carattere « essenzialmente pluralista » della sua analisi istituzionale, già nella seconda edizione (1916), lo Stato, in una repentina riconquista del piano della trascendenza, viene glorificato come « il modello più alto di organizzazione che si possa immaginare, in quanto creato a immagine della persona umana, che è a sua volta a immagine di Dio »<sup>(36)</sup>. Non più dunque istituzione tra istituzioni, ma « istituzione delle istituzioni », secondo la famosa definizione concentrica coniata da Hauriou<sup>(37)</sup>. Un'incertezza, questa, se si vuole una contraddizione, che ci pare il sintomo di una più generale difficoltà del paradigma istituzionalista nel suo complesso, almeno per come dottrinalmente attestatosi nella prima metà del secolo scorso, ché a veder bene non c'è pensatore istituzionalista che, trovandosi di fronte al dilemma ordinamentale circa la natura dello Stato (o di altra realtà gerarchicamente preordinata), non l'abbia risolto — quali che fossero intenzioni e caratura dell'intrapresa teorica — riconoscendo a quest'ultimo una primazia giuridica, assai poco conseguente, rispetto a ogni altra forma e realtà istituzionale. Se così, si potrebbe pertanto ipotizzare che le aporie dei vari tentativi ordinamentali di marca istituzionalista rimandino in realtà a un approdo inevitabilmente aporetico dell'istituzionalismo in quanto tale, aggirabile soltanto — ma con ciò chiamandosi fuori dalla partita — o distinguendo tra potere normativo e potere giurisdizionale dello Stato (Cesarini Sforza) o ipostatizzando un'idea

---

<sup>(36)</sup> HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., p. XII. « Persona morale perfetta » è la caratterizzazione dello Stato che Hauriou presenta in una delle sue ultime sistematizzazioni del diritto pubblico: M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 716.

<sup>(37)</sup> Per una più ampia considerazione di tale svolta, cfr. G. GURVITCH, *Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou*, in « Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique », 1 (1931), pp. 182-194; F. LINDITCH, *Institution et personne morale. Essai de reclassement de la théorie de l'institution dans la controverse sur la réalité et la fiction des personnes morales*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 317-334; SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 281-309.

direttiva onnicomprensiva, magari ritradotta con capziosa letteralità in *Führerprinzip*, che funga da inappellabile criterio di selezione per la legittimità delle condotte e delle norme finalizzate alla loro preservazione (Schmitt).

Il rimando a un ordine metafisico rappresenta, più e prima di ogni altra cosa, la via di fuga da quell'inquietudine che abbiamo richiamato sopra: partito alla ricerca di una teoria giuridica più comprensiva, in grado di rinsaldare un più ampio consenso sociale tramite l'epocale riconoscimento delle plurime realtà comunitarie sub-statali, Hauriou si rende conto a poco a poco, e con crescente sgomento, di ritrovarsi davanti al rischio di una disastrosa e irrimediabile frammentazione dell'unità statale. E dunque se di ripiegamento indubbiamente si tratta, è un ripiegamento dettato dalle mire vitalistiche, sanamente smisurate, che restano il vero motivo ispiratore dell'istituzionalismo hauriouiano, un motivo tanto potente da aver richiesto un'altrettanto energica, quasi brutale, messa in sicurezza dell'intero sistema. L'armonia pressoché prestabilita sottesa al realismo idealistico cui si affida nel dopoguerra è, in altre parole, l'inevitabile argine che Hauriou è costretto a porre per aver tentato di immettere la vita, nella sua irriducibile complessità, nello strumento di riduzione della complessità *par excellence*, vale a dire il diritto, fino al punto di rischiare l'implosione dell'intero ordinamento giuridico. La chiusura delle frontiere del diritto che il tardo Hauriou intende assicurare con l'affanno che caratterizza tutte le urgenze non previste appare quindi tanto inappellabile quanto irresistibile si era rivelato il piano di abbattimento delle mura personalistiche del diritto. Un piano di abbattimento meticolosamente approntato fino all'ultimo, la cui precipitosa strategia difensiva è in ogni caso, per merito e per fortuna di Hauriou, inevitabilmente fallita. Ma di un simile fallimento va anzitutto apprezzata la grandiosità, che consiste nell'aver spinto fino al limite estremo la navicella del diritto, ossia di aver voluto redimere giuridicamente ogni minimo granello ordinamentale, nel tentativo, appassionatissimo, di rintracciare una scintilla normativa in quanto prima veniva derubricato a mera regolarità fattuale e di aprire così il diritto a contesti interazionali che, lungi dal comprometterne la tenuta complessiva, si rivelano in condizioni di rinsaldarne le capacità ordinamentali, e anzi, a ben vedere, di identificarsi con esse.



MARIANO CROCE

DENTRO LA CONTINGENZA.  
SANTI ROMANO E KARL LLEWELLYN  
SUI MODI DELL'ISTITUZIONE

1. I modi dell'istituzione. — 2. Un errore di prospettiva. 3. Il diritto come mestiere. —  
4. Uscire dalla contingenza?

1. *I modi dell'istituzione.*

L'idea di stabilità sembra connaturata a quella di istituzione, non foss'altro che per quel morfema « -st » che nelle lingue di derivazione indoeuropea esprime il senso di una tendenza, o quantomeno un'aspirazione, a perdurare nel tempo. E non c'è dubbio, d'altro canto, che l'idea di istituzione evochi l'immagine peculiare di un collettivo che si dota di un guscio al mero fine di preservare alcune sue caratteristiche essenziali, e lo fa in modo tale da poter restare quel che è anche qualora alcuni suoi elementi venissero meno. L'istituzione è così intesa come argine alla contingenza, misura per la sopravvivenza di ciò che vuol resistere al logorio del tempo e alle intemperie della fortuna. In ragione di questa intrinseca predisposizione alla trans-temporalità, non sorprende che l'istituzione venga spesso associata alla reiterazione delle condotte, alla cristallizzazione dei modelli, alla fissazione dei protocolli, alla ratifica delle procedure — misure cioè che siano in grado di assicurare un identico ripetersi di qualcosa che vede nel diverso il simulacro della propria deperibilità.

Senza dubbio, è questa la caratteristica che guadagnò alla causa dell'istituzione un amante della stabilità come Carl Schmitt, che nei primi anni Trenta del Novecento ruppe senza ripensamenti con l'eccezionalismo di cui era stato alfiere per abbracciare un'idea della politica tutt'altro che ispirata al demiurgo decidente celebrato

in *Teologia politica* (1922). Lo Schmitt che negli anni Trenta segue le orme di Maurice Hauriou ritiene che la politica debba innanzitutto badare alla protezione di quei modelli di condotta e di quelle figure esemplari che assicurano la riproduzione ordinata di una cultura storica. Il diritto, conclude il giurista di Plettenberg, è lo strumento più adatto per il ritaglio, la selezione, la fissazione delle forme istituzionali, che esso dota di forza obbligatoria e fa valere come esemplari. L'autore che nel 1922 aveva portato alla sua acme il paradigma moderno della sovranità come « infondabile » pochi anni dopo fa suo un modello teorico largamente opposto (benché non meno illiberale), secondo cui la politica non è affatto decisione ingiustificata, ma selezione accorta dei prodotti di una cultura tradizionale. È tutto questo che Schmitt credeva di aver trovato nel concetto di istituzione, la cui proclività al consolidamento di una forma di vita egli volle esaltare col nome di « ordine concreto » (1).

In questo contributo, tuttavia, si volgerà lo sguardo in tutt'altra direzione. L'istituzione — così almeno cercherò di mostrare — non rimanda affatto alla rassicurante stabilità di un sociale che ripete sé stesso, ma vive di un costante e ambiguo rapporto con la contingenza. Schmitt, come tutti coloro che cercano nell'istituzione il canone di conservazione di una forma di vita, soffoca la natura anfibia dell'istituzione (2), che si può rendere nella forma di un dilemma che ha « come estremi da un lato l'assoluta irriducibilità

---

(1) Il tema della « svolta istituzionalista » di Schmitt non può trovare sintesi in poche veloci allusioni, ma credo sia importante per comprendere appieno le declinazioni cui si espone il concetto di istituzione. Per un approfondimento delle ragioni che condussero Schmitt a un significativo cambio di paradigma, mi permetto di rimandare a M. CROCE, A. SALVATORE, *L'indecisionista. Carl Schmitt oltre l'eccezione*, Macerata, Quodlibet, 2020.

(2) Per la verità, Schmitt è pienamente consapevole del fatto che, senza una torsione « eticista », l'istituzione è sempre foriera di differenza, come dichiara nella prefazione alla seconda edizione di *Teologia politica* (1933): « [U]n pensiero isolatamente istituzionale conduce al pluralismo di una crescita priva di sovranità, di tipo cettual-feudale » (C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del « politico »*. *Saggi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 27-86, p. 30). È comunque convinzione del giurista tedesco che l'istituzione offra il germe della stabilità, là dove (a suo giudizio) adeguatamente supportata da un potere politico che possa imprimere un indirizzo deciso verso l'omogeneità etica e culturale della comunità politica.

dell'azione e dall'altro un'impossibilità degli attori di costituirsi come tali dismettendo l'adozione di detta azione » (3). Detto altrimenti, se, come in obbedienza a una sorta di principio di identità degli indiscernibili trasposto in ambito sociale, nessuna azione può essere identica a un'altra, l'istituzione nasce come quella forzatura che produce un « segmento minimo di concrezione interazionale tramite cui gli attori possono rendere e di fatto rendono partibile/discreto, e dunque percepibile (anzitutto al loro stesso sguardo) » (4) la serie potenzialmente infinita di azioni tutte simili eppure tutte differenti. Per ritagliare segmenti minimi di concrezione interazionale e farli valere come canoni della stabilità, l'istituzione deve dotarsi di un apparato tecnologico molto ricco, fatto di tecniche, linguaggi, arti, saperi. Chi guardasse solo ai suoi prodotti, cioè a quei canoni, perderebbe di vista lo sforzo imponente che si richiede per la loro produzione — perderebbe così di vista *il modo in cui* l'istituzione governa la contingenza, quindi *il modo in cui* un'istituzione diventa sé stessa.

È a questo aspetto di produzione tecnologica che le teorie di Santi Romano e di Karl N. Llewellyn danno risalto coi loro linguaggi innovativi e con i loro tentativi di rompere con la tradizione che li precede. Ed è in questa chiave che vorrei proporre una loro lettura in parallelo. Questi due grandi innovatori del pensiero giuridico condividono innanzitutto il punto d'avvio: occorre incentrarsi sul *modo dell'istituzione*, anziché sulle sue specifiche peculiarità. Meglio, non ci sono specifiche peculiarità dell'istituzione *in genere*, perché l'istituzione è un fenomeno ubiquo, che si manifesta ovunque un collettivo cerchi di procurarsi dei canoni per assicurarsi una qualche chance di sopravvivenza nel tempo. A questo punto d'avvio comune è sotteso un comune assunto: la pluralità non è che il rovescio del concetto di istituzione, insita com'è nel fatto stesso che ogni condotta è immancabilmente singolare e come tale è dotata di un potenziale espansivo ricchissimo — quel potenziale per cui ogni condotta non può accostarsi a un certo modello che per difetto, là dove il difetto di difformità è ciò che fa della condotta *quella*

---

(3) A. SALVATORE, *Elementi per un istituzionalismo politico*, in «Politica & Società», 2 (2020), pp. 187-208, p. 189.

(4) Ivi, p. 191.

specifica condotta. Sicché, ogni qualvolta si fissa un modello, si creano le condizioni perché emergano delle alternative ad esso. Questa la contingenza di cui nessuna istituzione può mai liberarsi appieno.

Quelli di Romano e di Llewellyn sono tentativi (non gli unici, certo, ma tra i più efficaci) di esaltare il volto duplice dell'istituzione, indagandone innanzitutto il carattere dinamico. Quando l'istituzione è intesa come esercizio di resistenza alle tendenze disgregatrici iscritte proprio nella ricerca di stabilità, i mezzi dispiegati in questo esercizio divengono il nucleo vitale dell'indagine teorica. Come vedremo, sia Romano sia Llewellyn identificano il diritto con questi mezzi, destituendo così sin da principio tutti i tentativi di isolare quelle (presunte) caratteristiche che rendono il diritto un campo speciale dell'azione pratica. Essi condividono l'idea che il diritto sia a un tempo la più speciale e la più diffusa delle tecnologie di sussistenza: si tratta dell'insieme eterogeneo di tecniche, linguaggi, arti e saperi che un gruppo di esseri umani mette in campo per fissare certe sue manifestazioni e renderle capaci di sopravvivere ai loro creatori. Le analisi di questi due grandi giuristi mostrano come sia erroneo pretendere di legare la (presunta) natura del diritto ad alcuna di queste misure eterogenee. Il diritto è piuttosto la predisposizione di queste e il loro governo, a prescindere dalle particolari misure adottate e a prescindere dalla loro tecnicità, specializzazione, sofisticazione.

In tale chiave interpretativa, il paragrafo successivo guarda innanzitutto al modo in cui Romano denuncia la miopia di ogni teoria che vada in cerca della specialità del fenomeno giuridico. Il diritto, egli sostiene, non è nulla di misterioso né di speciale: è quell'attività che consente di raggiungere il fine di un'organizzazione che stabilisca e stabilizzi i vari elementi di una data entità normativa. Tutto ciò che svolge una tale funzione, egli ritiene, può legittimamente definirsi « diritto ». Il pluralismo di Romano rappresenta l'esito di una « immanentizzazione » del potere ordinante: le pratiche umane sono capaci di porre un argine alla loro stessa tendenza alla disgregazione. Il § 3 presenta la teoria dell'istituzione di Llewellyn come tentativo, distinto ma convergente, di esplorare i modi dell'istituzione, ovvero quelle attività che sono necessarie per determinare una qualche stabilità, ancorché transitoria. Il giurista ameri-

cano chiama così a un riorientamento degli studi giuridici verso le tecniche e i saperi che vengono prodotti per fissare un argine alla contingenza. Di particolare interesse è il carattere dinamico dello sguardo analitico di Llewellyn, il quale ritiene si possa rispondere alla domanda su cosa sia il diritto solo in riferimento alle pratiche concrete — sempre molteplici e interconnesse — con cui si mette riparo al tendenziale moltiplicarsi dei modelli d'azione e quindi alle potenziali frizioni tra essi. Il § 4 chiude la presente indagine con alcune rapide considerazioni di sintesi sulla spinta che Romano e Llewellyn imprimono allo studio del diritto e, più in generale, delle istituzioni. Il punto di forza delle loro proposte, specie se viste nella loro convergenza, sta nell'intendere l'« istituzione » in modo del tutto anti-essenzialista: non unità d'analisi particolare della scienza giuridica o sociale, ma sorta di segnaposto di cui presto disfarsi, o meglio, abbrivio che invita a costanti supplementi d'indagine. Come detto, per entrambi il termine « istituzione » rimanda infatti a tutti quei processi che l'azione pratica umana mette in atto per porre rimedio alla propria forza espansiva, che è al contempo la sua risorsa e il suo limite. Questa concezione — che certo piacerà poco a chi rimane affezionato all'idea di sistema giuridico come forma specializzata di esercizio dell'autorità e di uso della forza sociale — sposta l'accento sugli intrecci tra le varie realtà pratiche di un dato contesto geo-storico, anziché sul grado di differenziazione del diritto dalle altre istituzioni sociali, così da individuare le molte maniere in cui il diritto trae energia dai, e al contempo rafforza i, molteplici tentativi con cui il sociale si rilancia a un costante rinnovamento a partire dalle proprie fragilissime capacità di mantenersi stabile.

## 2. *Un errore di prospettiva.*

Non intendo qui accostarmi al pensiero di Romano come se potesse essere considerato un insieme unitario che poggia su molte continuità e risente di pochi ripensamenti. La mia lettura non implica alcuna visione uniformante: la biografia di Romano è segnata da importanti fratture — alcune felici, altre assai meno — che hanno inciso sulla sua produzione ed esercitato effetti su elementi più o

meno centrali del suo pensiero <sup>(5)</sup>. C'è tuttavia un'originalità manifesta e ineguagliata, che autorizza a intendere la sua teoria dell'istituzione come unica nel suo genere, perché capace non solo di innovare il pensiero circostante, bensì anche di modificare sé stessa senza perdere le sue peculiarità.

Parto quindi dall'opera più tarda, *Frammenti di un dizionario giuridico*, e in particolare dalla voce « Diritto (funzione del) » <sup>(6)</sup>, in cui Romano passa in rassegna alcuni *topoi* del pensiero giuridico di fine Ottocento e inizio Novecento (e che pure gli sopravvivranno), mostrandone la discendenza diretta dal tacito ma consapevole tentativo di restringere il campo del giuridico a quella tecnica specialistica con cui lo Stato svolge certe funzioni. In detta voce, che

---

<sup>(5)</sup> Un'introduzione informatissima, che ripercorre le varie fratture cui ho fatto allusione, è A. ROMANO, *Nota bio-bibliografica*, in S. ROMANO, *L'« ultimo » Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 843-885. Si raccomandano altresì A. SANDULLI, *Santi Romano and the Perception of the Public Law Complexity*, in « Italian Journal of Public Law », 1 (2009), pp. 1-38; ID., *Romano, Santi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vol. II, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 1728-1731; A. OLIVARI, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, LED, 2016. Per un solido inquadramento del pensiero di Romano nel più ampio contesto della cultura giuridica italiana, si veda M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 309-346; ID., *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in « Quaderni fiorentini », 10 (1981), pp. 169-219; F. LANCHESTER, *Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa*, in « Rivista AIC », 4 (2011); A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 156-191. Sulla genesi e sul precipitato del pensiero di Romano, mi limito a menzionare due testi di riferimento: S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de « L'ordinamento giuridico » di Santi Romano*, in « Quaderni fiorentini », 1 (1972), pp. 243-283; P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 60 (2006), 2, pp. 377-396. Più di recente, anche a seguito della prima traduzione in lingua inglese de *L'ordinamento giuridico* (S. ROMANO, *The Legal Order*, Abingdon, Routledge, 2017), una ricca serie di articoli è apparsa nel numero speciale di « Jura Gentium », 15 (2018), 2, a cura di T. Casadei e S. Pietropaoli. Inoltre, gli eventi organizzati in occasione del centenario de *L'ordinamento giuridico* hanno portato a nuovi importanti contributi, raccolti nei volumi collettanei *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, a cura di R. Cavallo Perin *et al.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, e *Santi Romano. L'ordinamento giuridico*, a cura di M. Mazzamuto, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

<sup>(6)</sup> S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Macerata, Quodlibet, 2019, pp. 103-114.

sintetizza in modo brillante argomenti non nuovi nell'opera di Romano, egli considera, da una parte, le prospettive che fanno del diritto una protesi della giustizia e, dall'altra, quelle che lo riducono a un sistema di norme. Ambedue, argomenta Romano, sono figlie del medesimo errore di prospettiva.

A riguardo del primo aspetto, si è sensatamente fatto notare il giuspositivismo di fondo del pensiero di Romano (7). Eppure, credo sia importante sottolineare come, nella sua ottica, questo sia un esito teorico anziché un punto d'avvio — e mi pare tanto più importante perché mostra come il rifiuto della topologia del moderno, che distingue e ordina in modo troppo meccanico le sfere dell'azione pratica umana, non sia che l'esito del rifiuto dell'ontologia che al moderno fa da sfondo. Un rapido sguardo al « positivismo » del giurista palermitano consente così di misurare l'estraneità del suo pensiero rispetto all'impianto concettuale della tarda modernità nel suo insieme — impianto di cui invece il positivismo giuridico è espressione rispettabile e illustre.

Come noto, il positivismo giuridico muove dal principio — che, quantunque declinabile in molti modi, ad avviso di alcuni identifica chi a diverso titolo e grado possa dirsi giuspositivista (8) — secondo cui diritto e morale sono fenomeni separati. Nessun giuspositivista, va da sé, negherebbe l'esistenza di un qualche rapporto tra diritto e morale. Si nega piuttosto — quantomeno nella declinazione cosiddetta « esclusivista » del principio in questione — che il diritto possa essere indefinitamente aperto alla morale convenzionale, dal momento che la relazione tra i due ambiti è filtrata da principi costituzionali, che permettono di convertire valori morali in principi giuridici e quindi la loro ulteriore specificazione in regole

---

(7) Si veda ad esempio M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in « *Revus* », 16 (2011), pp. 55-93.

(8) *Locus classicus* è H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in « *Harvard Law Review* », 71 (1958), 4, pp. 593-629. Un commento ampio e approfondito della tesi hartiana è L. GREEN, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, in « *New York University Law Review* », 83 (2008), 4, pp. 1035-1058. Più in generale, per un'ampia e informata discussione della tesi della separabilità si vedano, tra i numerosi contributi, BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, cit., e G. PINO, *Legal Validity, and the Separation of Law and Morals*, in « *Ratio Juris* », 27 (2014), 2, pp. 190-217.

generali, applicabili ai singoli casi <sup>(9)</sup>. Romano, che credo non disdirebbe da tale prospettiva esclusivista <sup>(10)</sup>, non può tuttavia far suo il modo stesso in cui il problema viene impostato: morale da una parte e diritto dall'altra: due sistemi distinti e complementari, che svolgono funzioni distinte e complementari, che abitano spazi alternativi, e che in alcune circostanze vengono a sovrapporsi e devono quindi trovare una qualche conciliazione. Questa impostazione del problema si radica in una topologia del normativo ritagliata su un'immagine del mondo tutt'altro che realistica, che ai suoi occhi non trova alcuna giustificazione e che egli liquida nel giro di poche righe.

Nello spazio ristretto di due rapide considerazioni, egli mostra al contempo la sprovvedutezza della prospettiva giusnaturalista e l'inadeguatezza dell'impostazione stessa del problema del rapporto tra diritto e morale. La prima considerazione è che il diritto positivo non può essere la traduzione pratica delle istanze di un diritto superiore, un puro diritto di giustizia, nelle quali il diritto positivo può trovare al massimo una limitazione — data l'eterogeneità dei fini perseguiti dai due tipi di diritto. La seconda considerazione, collegata alla prima, ma per certi aspetti più rilevante, è che il diritto positivo, quale « ordinamento particolare e limitato », identifica (dalla propria ottica particolare e limitata) certi elementi dell'ideale di giustizia « e li sceglie per l'appunto con criteri che non si identificano con quell'idea » <sup>(11)</sup>. In altre parole, il diritto positivo seleziona alcune istanze della morale a partire dalla propria prospettiva <sup>(12)</sup> — una prospettiva per larga parte unilaterale, che lo induce a trarre certe risorse dalle altre forme di normatività e a farle proprie.

<sup>(9)</sup> Si veda ad esempio J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 182-202.

<sup>(10)</sup> Uso il condizionale per non attribuire a Romano una terminologia che è venuta consolidandosi solo negli ultimi decenni del Novecento.

<sup>(11)</sup> ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 105.

<sup>(12)</sup> Così è ragionevole a mio avviso parlare di un « prospettivismo » radicale della teoria di Romano, nel senso però in cui usa questo termine l'antropologo Eduardo Viveiros de Castro. La prospettiva di cui parla Viveiros de Castro non corrisponde in alcun modo al tradizionale relativismo delle visioni del mondo o dei valori. Essa non è una semplice griglia di intelligibilità del mondo, che appartiene in modo esclusivo all'essere umano, ma è la controparte della radicatezza in una condizione particolare, che determina le forme di interazione tra sistemi distinti. La prospettiva è l'esito quindi delle

Si tratta di un'appropriazione selettiva che alimenta il diritto positivo a partire sempre da un'ottica particolare e limitata.

Come Romano scrive in un'altra preziosa voce di *Frammenti di un dizionario giuridico*, « Realtà giuridica », il diritto trae non solo linfa vitale, bensì anche gradienti di realtà da queste forme di appropriazione selettiva. Il diritto, infatti, non crea,

ma raccogliendo, componendo assieme, ordinando i vari elementi di cui essi constano, dà vita reale ed effettiva, nel mondo giuridico, ad enti che non si confondono e non si identificano con nessuno di quegli elementi, ma acquistano una propria individualità ed una propria essenza <sup>(13)</sup>.

Non si tratta di una superfetazione ontologica, che violerebbe nel modo più sfacciato un ragionevole principio di parsimonia; né, all'opposto, di una pura sovrapposizione di modi diversi di descrivere le cose. La descrizione mediante categorie giuridiche è sempre *operativa*: il diritto *opera* in forza della descrizione di realtà distinte, che divengono giuridiche proprio perché descritte mediante le categorie del diritto. Detto altrimenti, la realtà giuridica è una diversa composizione di elementi, che li organizza, vi conferisce un ordine, ne riassetta le parti. È così che per Romano si « pone un diritto »: esso assembla il materiale di altre realtà (tra le quali la cosiddetta morale) conferendovi il proprio ordine. « *Porre un nuovo ordinamento giuridico* [...] significa *creare* un ente che prima non esisteva, una nuova realtà che può ben dirsi giuridica, perché il diritto è la sua anima e il suo principio vitale » <sup>(14)</sup>.

È in nome di questa concezione del diritto che Romano respinge le tesi giusnaturaliste, e non già per difendere l'« esclusività » del diritto positivo. Egli sostiene infatti che l'annosa polemica tra giusnaturalismo e giuspositivismo dipende da un errore di impostazione: « Comunque, tutti questi errori, equivoci e fraintendimenti del problema si rilevano meglio quando, non identificando il diritto con quello statale, si ha riguardo anche alle istituzioni con fini non generali, ossia politici, ma particolari e singolarmente determi-

---

forme in cui certi ambiti si dotano di una qualche fissità. Si veda E. VIVEIROS DE CASTRO, *Prospettivismo cosmologico in Amazonia e altrove*, Macerata, Quodlibet, 2019.

<sup>(13)</sup> ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 244.

<sup>(14)</sup> *Ibid.* (corsivo aggiunto).

nati »<sup>(15)</sup>. In questi passaggi emerge la forza dirompente della proposta romaniana, che chiama a un rovesciamento di prospettiva rispetto all'intero progetto della modernità stato-centrica: l'errore che accomuna giusnaturalismo e giuspositivismo deriva dallo scarso grado di prospettivismo che caratterizza il pensiero tardo-moderno allorché concepisce il diritto e la morale come sistemi di riferimento assoluti, che in obbedienza al principio di una *summa divisio* si ripartiscono in modo ordinato il campo dell'azione pratica: la morale governa l'ambito della giustizia *extra*-statale, il diritto l'ambito della giustizia statale. Solo in forza di un tale assolutismo prospettico si può pensare di determinare il grado di relazione tra i due, come se, presi assieme, essi coprissero l'intero campo della normatività. Quando invece si dismette quest'ottica unilaterale e si guarda al diritto come istituzione — sui cui tratti fondamentali mi soffermerò tra breve — la questione del rapporto tra diritto e morale si mostra del tutto spuria.

Liquidato da par suo uno dei dibattiti più congestionati del Novecento, Romano passa a un altro grande protagonista del pensiero giuridico della tarda modernità, ossia l'idea del diritto come norma o insieme di norme. Quel che qui rileva è che in fondo egli utilizza lo stesso argomento con cui aveva chiuso la partita morale vs. diritto: l'idea dell'ordinamento giuridico come norma (o insieme di norme) deriva da un'assolutizzazione prospettica, che l'ottica dell'istituzione dismette in partenza. E anche in questo caso, la sua agilità argomentativa si unisce a un laconico disincanto: nessuno, egli scrive sempre in « Diritto (funzione del) » (come aveva già ampiamente sostenuto trent'anni prima ne *L'ordinamento giuridico*), nega che la norma sia una componente fondamentale del diritto statale; tutt'altro è sostenere, però, che la norma lo qualifica come ordinamento affatto speciale. Secondo alcuni, egli prosegue, il diritto, in forza delle sue norme, « determina, fissa, immobilizza, cristallizza [...] le manifestazioni della vita sociale alle quali si estende la sua efficacia »<sup>(16)</sup>. Questa prospettiva, che con fine tutt'altro che laudativo viene definita « immobilizzante », dipende da una medesima

---

<sup>(15)</sup> Ivi, p. 106.

<sup>(16)</sup> Ivi, p. 108.

svista che assolutizza una prospettiva parziale e pone la volontà del legislatore a punto di fuga verso cui tende ogni linea.

In questa ottica, il diritto trarrebbe origine dall'atto stesso di una volontà (individuale o collettiva) che individua certe norme al fine di fissare, immobilizzare, cristallizzare certe manifestazioni della vita sociale. Le norme giuridiche, quelle che distinguono il diritto dalle altre pratiche normative, sarebbero strumenti dotati di forza coattiva che « immobilizzano » certi aspetti della vita sociale per proteggerne i contenuti e permetterne la riproduzione ordinata. Eppure, sostiene Romano, tutte le norme, in qualsiasi campo dell'azione pratica, hanno il medesimo compito: esse (scrivo qui con un linguaggio poco romaniano) fissano uno standard che vincoli la condotta umana al rispetto di certi criteri entro quelle circostanze identificate dallo standard stesso. Romano non può che convenire sull'idea per cui la norma costituisce un incentivo nei confronti di quella che potremmo chiamare « riproducibilità » della condotta rispetto alla sua connaturata tendenza a differire. Ciò che egli non può ammettere, però, è che questa sia la proprietà distintiva della norma giuridica.

Mi si permetta a questo punto un rapido *excursus* sulla prospettiva di Hans Kelsen, che Romano associa con troppa rapidità alle varie altre teorie che fanno della norma il cuore del diritto e che invece a mio avviso può leggersi come un inconsapevole complemento della tesi romaniana. L'idea kelseniana, di origine neokantiana, per cui la norma giuridica debba essere considerata normativamente valida entro un campo che non possa far ricorso all'empiria, e che quindi il *Sollen* debba essere concepito come una sorta di concetto primitivo, presupposto, indeducibile, in totale separazione dal *Sein*, deriva in fondo proprio dalla considerazione che qualsiasi norma, come sostiene anche Romano, svolge quel ruolo di cristallizzazione che è affidato (anche) alle norme giuridiche. È proprio in considerazione di questa innegabile caratteristica pratica (non soltanto giuridica), sottolinea Kelsen, che la validità del diritto non può fondarsi induttivamente, in forza di un'analisi delle pratiche sociali. Questa considerazione emerge con tutta evidenza nella critica che Kelsen muove al pluralismo socio-giuridico di Eugen

Ehrlich — pluralismo che differisce non di misura da quello di Romano <sup>(17)</sup>.

Nella sua poderosa opera sui fondamenti sociologici del diritto <sup>(18)</sup>, Ehrlich aveva sostenuto che le norme giuridiche (*Rechtssätze*) — ossia le norme di cui constano i codici ufficiali di uno Stato — costituiscono una porzione infinitesimale del diritto concreto di una popolazione, laddove questo, da un punto di vista più pragmatico e meno dottrinale, si compone della infinità di regole che intessono i contesti normativi extra-statali — vale a dire gli ordinamenti interni delle varie associazioni in cui gli individui acquisiscono una certa identità e un certo ruolo quali partecipanti di certe attività pratiche. In forza di questa osservazione, di natura induttiva, Ehrlich aveva tentato di mostrare come le sanzioni e le procedure interne alle associazioni, che sostengono e applicano le regole di condotta (*Regeln des Handelns*) interne, non solo precedano le sanzioni e le procedure della macchina giuridica statale, ma diano a queste contenuto e sostanza. Se, ad avviso del giurista di Czernowitz, con la sua tipica miopia il giurista dottrinale guarda alle sanzioni e alle procedure statali come ciò che dà forma al sociale, solo lo sguardo del sociologo del diritto rivela il naturale rapporto di derivazione tra regole sociali e regole giuridiche: il diritto ufficiale non è che l'acme di una realtà ricca di fonti plurime di normatività, alcune delle quali riescono a ricavarci uno spazio entro i codici ufficiali dello Stato.

Ehrlich concludeva quindi che la sanzione non potesse affatto ritenersi peculiare del diritto statale, perché varie forme di sanzione implicite o esplicite sono collegate alle varie regole interne delle varie associazioni. Sicché, il tratto distintivo del diritto non può essere rinvenuto né nella presenza di regole né nel darsi di procedure né nell'uso di strumenti coattivi di sorta. Kelsen rimprovera di ingenuità qualsiasi prospettiva che, come quella di Ehrlich, tenti di giungere per via induttiva alla normatività tipica del diritto: per

---

<sup>(17)</sup> Si vedano le considerazioni in tal proposito di Filippo Fontanelli nella sua recensione alla traduzione inglese de *L'ordinamento giuridico* in « European Journal of International Law », 31 (2020), 4, pp. 1537-1544.

<sup>(18)</sup> Si veda E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976.

questa strada, che segue il sentiero sviante delle pratiche effettive, non si arriverà mai al diritto e alla sua distintività<sup>(19)</sup>. All'opposto, proprio per evitare che un'indagine induttiva ricacci il diritto nel più ampio insieme di pratiche organizzate, la sua validità come tecnica speciale di utilizzo della forza va sempre *presupposta*:

Il risultato del tentativo dell'Ehrlich di emancipare la definizione del diritto dall'elemento della coercizione è la definizione: il diritto è un ordinamento del comportamento umano. Ma questa è la definizione della società, non del diritto. Ogni complesso di regole disciplinanti il comportamento reciproco degli uomini è un ordinamento od organizzazione che costituisce una comunità od associazione e che 'assegna a ciascun membro dell'associazione la sua posizione nella comunità ed i suoi doveri'. Vi sono molti di questi ordinamenti che non hanno carattere giuridico. Anche se limitiamo il concetto di ordinamento od organizzazione a quegli ordinamenti relativamente accentrati che istituiscono organi speciali per la creazione e l'applicazione dell'ordinamento, il diritto non è sufficientemente determinato dal concetto di ordinamento. Il diritto è un ordinamento che assegna ad ogni membro della comunità i suoi doveri e quindi la sua posizione nella comunità per mezzo di una tecnica specifica, e cioè disponendo un atto coercitivo, una sanzione diretta contro quel membro della comunità che non adempia al suo dovere. Se ignoriamo questo elemento, non siamo in grado di differenziare l'ordinamento giuridico dagli altri ordinamenti sociali<sup>(20)</sup>.

Quello di Kelsen è quindi a un tempo l'inno di lode e il canto del cigno del pensiero giuridico tardo-moderno: per via induttiva, ossia mediante analisi delle pratiche normative concrete, non si troverà modo di giustificare la distintività della norma giuridica. Essa va presupposta. Questo breve *excursus*, che rinviene in quella di Kelsen una delle prese d'atto più consapevoli dell'ingiustificabilità della primazia normativa del diritto statale, sottolinea *e converso* la radicalità della scelta prospettivista (nettamente anti-essenzialista) di

---

(19) Si vedano le critiche che Kelsen rivolge alla proposta di Ehrlich in H. KELSEN, *Una fondazione della sociologia del diritto* (1915), in E. EHRLICH, H. KELSEN, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 67-105. Su tali critiche, si vedano le importanti considerazioni di S. PAULSON, *The Basic Norm*, in *Vienna Lectures on Legal Philosophy, Vol. 2. Normativism and Anti-normativism in Law*, a cura di C. Bezemek, M. Potacs, A. Somek, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 41-90. Si veda altresì A. CARRINO, *Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, Working paper n. 79, Barcellona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1993.

(20) H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Roma, Edizioni di Comunità, 1963, p. 28.

Romano: presupporre la validità del diritto, per fondarne la primazia normativa, è un'attitudine non solo astorica, ma miope nei confronti del modo in cui funziona il diritto. Ed è qui che possiamo tornare al punto che precede l'*excursus*. Se il diritto non è né giustizia incarnata né norma stabilizzante — pur essendo una tecnica che sia dà corpo a un quantum di giustizia sia stabilizza certe manifestazioni del sociale — esso è pur sempre un limite posto all'immanente tendenza alla difformità dell'azione umana. Il diritto è un insieme di tecniche che devono individuarsi nei loro effetti, anziché teorizzarsi sulla base di presunte proprietà intrinseche (specie se meramente presupposte). Questo insieme di tecniche, ribadisce Romano nel 1945 (anno di stesura della voce relativa alla funzione del diritto), non è altro che il modo in cui un collettivo si tiene assieme rispetto alle tendenze naturalmente disgregatrici dell'azione umana, mai eguale a sé stessa: istituzione, vale a dire diritto, « significa per l'appunto [...] un'organizzazione che fissa i vari elementi di un ente, la posizione e la funzione di essi, nonché della unità che ne risulta, subordinandoli all'ente del quale vengono a far parte »<sup>(21)</sup>. Nulla di più.

Non rileva quindi tanto in quale modo, con quali forme, in nome di quale volontà, in forza della ripetizione di quali prassi, attraverso quali procedure. Rileva solo che si raggiunga il fine di un'organizzazione che fissi « i vari elementi di un ente ». Tutto ciò che assolve un tale compito può a pieno titolo definirsi « diritto ». Pluralismo e positivismo sono quindi corollari di una tesi che parte dall'idea duplice per cui non c'è che l'azione sociale e che l'azione sociale è in grado di porre un argine alla propria contingenza. Mentre l'azione sociale tende immancabilmente alla ripetizione dissimile, che moltiplica i modelli di condotta, la tecnologia del sociale che permette la riproduzione di condotte (il più possibile) simili è quel processo che, con un ampio ventaglio di tecniche — le quali inevitabilmente dipenderanno da specifiche condizioni geo-storiche — assicurano una qualche (temporanea) stabilità.

Val la pena qui sottolineare come questa concezione differisca da quella che Romano definisce « immobilizzante ». L'istituzione infatti non ha il mero compito di fissare standard e renderli vinco-

---

(21) ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 110.

lanti — se così fosse, la teoria di Romano cadrebbe vittima delle critiche che egli stesso muove alle prospettive normativiste. La stabilizzazione non è una specifica funzione, ma è connaturata alla formazione stessa di una istituzione quale assemblaggio di norme, valori, principi, procedure, prassi, indirizzi, e molte altre cose, di cui consta o può constare: la funzione stabilizzante va attribuita « non solo alle norme di un ordinamento giuridico, ma allo stesso corpo o ente di cui tali norme sono un prodotto »<sup>(22)</sup>. Il diritto — inteso come istituzione — non è che l'argine transitorio alla naturale tendenza al mutamento che incontra uno sforzo tecnologico (vale a dire di tecniche e saperi di differente natura) mediante cui certi attori creano contesti di stabilità, in cui essi prendono ad agire come membri di tali contesti.

La rottura radicale con le tendenze riduzioniste del pensiero giuridico tardo-moderno sta nella convinzione che questa capacità « tecnologica » sia del tutto immanente. Essa è insita nell'azione sociale, la cui natura è duplice: differisce sempre da sé eppure è in grado di far valere sé stessa come standard della ripetizione. Per questo il giuridico è già e sempre sociale: il germoglio del diritto è tale per cui un'azione pone sé stessa a criterio delle ripetizioni future: se ogni ripetizione, per esser tale, non può che essere differente da ogni altra azione, entro un sistema di tecniche e saperi — ciò che va sotto l'etichetta « istituzione » — certe caratteristiche vengono fatte valere come « somiglianze » e certe altre come « differenze ». Questo regime di differenza e somiglianza può prodursi in ogni contesto dell'azione pratica, per poi rimanere a uno stato rudimentale oppure specializzarsi. Ma il tratto per cui esso è già e sempre giuridico è che il processo istituente designa criteri di differenza e di somiglianza, a prescindere dalle tecniche particolari di cui si dota, come regole scritte, apparati coattivi, procedure standardizzate od organi applicativi. Queste tecniche particolari possono certo aiutare a determinare se un dato tipo di diritto sia più o meno sofisticato, ma non se sia diritto.

---

(22) *Ibid.*

### 3. *Il diritto come mestiere.*

È proprio questo aspetto « tecnologico » che accomuna i progetti di Romano e di Llewellyn, a dispetto di una netta divergenza metodologica — che pure, come dirò più avanti, sarebbe sensato intendere come complementarità. Non c'è dubbio infatti che, all'opposto di Romano, Llewellyn concepisca il proprio approccio allo studio del diritto come inseparabile dallo studio delle pratiche concrete tipico delle scienze sociali<sup>(23)</sup>. Questo sguardo empirico, però, non tende, come ad esempio nel caso di Ehrlich, a una ricognizione delle pratiche sociali e del loro rapporto con la legge dello Stato ai fini di una definizione più efficace del fenomeno giuridico in genere. Per Llewellyn, l'analisi del sociale è imprescindibile perché, come per Romano, non c'è altro da poter analizzare: non c'è nulla al di là e al di sotto dell'azione sociale. Come per Romano, è entro le pratiche che si producono quegli standard e quei saperi che fanno da alveo alla riproduzione stabile e ordinata delle condotte. Certo, ben più che in Romano, in Llewellyn entrano in

---

(23) Senza poter qui approfondire il tema, occorre ricordare che Romano ha sempre inteso la propria teoria dell'istituzione come tutt'altro che un ponte con la sociologia. A suo avviso, essa è piuttosto uno strumento tecnico ad uso del giurista. Contro le varie accuse di sociologismo che erano state rivolte a *L'ordinamento giuridico* (1918) nel corso di quasi tre decenni di dibattito, nelle note alla seconda edizione (1945) egli scrive: « [H]o precisamente mirato a includere nel mondo giuridico quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse un antecedente del diritto, cercando di dimostrare che precisamente da tale errore derivano i difetti e le incongruenze delle comuni definizioni del diritto, specialmente in quanto tali definizioni sono costrette, quale più quale meno, ma tutte indistintamente, a ricorrere ad elementi o concetti non giuridici » (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 49). Sul difficile rapporto tra metodo giuridico e metodo sociologico nella teoria romaniana si veda anche M. DOGLIANI, *La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento nelle varie aree disciplinari: diritto costituzionale*, in « *Diritto pubblico* », 17 (2018), 3, pp. 873-904; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, cit. ; G. TARELLO, *La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 245-256, p. 249; A. TRAVI, *Il diritto amministrativo e l'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in « *Diritto pubblico* », 17 (2018), 3, pp. 905-920. Utili anche i recenti saggi A. LA SPINA, *Santi Romano e la sociologia del diritto*, in *Santi Romano. L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 247-286, e M. CASCAVILLA, *Santi Romano e la concezione sociologica del diritto*, in « *Sociologia del diritto* », 47 (2020), 1, pp. 9-23.

gioco i soggetti e i poteri; eppure questo è dovuto all'adozione di due diverse angolature su un fenomeno, quello giuridico, che i due studiosi teorizzano in modi consonanti, anziché a una reale differenza teorica su come concepire quel fenomeno <sup>(24)</sup>.

Una decisiva differenza tra i due giuristi tuttavia balza all'occhio. Proprio come per il Wittgenstein delle *Ricerche filosofiche* <sup>(25)</sup>, la normatività si manifesta in primo luogo nella risoluzione di casi

<sup>(24)</sup> Considerato il differente impatto dei due studiosi sulla cultura giuridica italiana, è comprensibile che di Llewellyn ci si fermi presto a un'immagine troppo schiacciata sul contributo che seppe dare allo sviluppo del movimento realista statunitense. Tuttavia, concordo col giudizio del suo interprete più attento e fedele, William Twining, secondo cui il Llewellyn interprete del realismo americano « dovrebbe esser messo da parte, se non del tutto dimenticato » (W. TWINING, *The Idea of Juristic Method: A Tribute to Karl Llewellyn*, in « University of Miami Law Review », 48 (1993), pp. 119-158, p. 122). Inoltre, in modo non dissimile da Romano, egli era sì un innovatore radicale, ma con evidenti tratti conservatori, specialmente là dove auspicava il ritorno a una specifica visione della dottrina giuridica e del suo ruolo nella pratica giudiziale (su questo aspetto, oltre al testo di Twining appena citato, si veda anche R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London and Edinburgh, Butterworths, 1989, pp. 194-202). Sicché, occorre disfarsi dell'idea di un Llewellyn iperrealista, che ha in spregio la nozione di regola e ritiene la prassi giudiziale il campo di produzione di effetti che solo *ex post* vengono presentati come « premesse » per le decisioni. A proposito di questo ultimo tipo di realismo, si veda il recente T. GAZZOLO, *Il realismo giuridico americano come filosofia del diritto*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2 (2017), pp. 449-474 — nel quale però, per ragioni legate al tema del contributo, si guarda, tra le altre figure cardine del realismo statunitense, proprio al Llewellyn che agli occhi di chi scrive risulta meno interessante. Sulla progressiva presa di distanza di Llewellyn dalle posizioni giovanili, si veda F. SCHAUER, *Twining on Llewellyn and Legal Realism*, in *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts: Essays in Honour of William Twining*, a cura di U. Baxi, C. McCrudden e A. Paliwala, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 265-279. Infine, quanto scritto in questa nota a proposito dell'atteggiamento nei confronti del realismo delle fasi giovanili e delle *nuances* conservatrici non sembra comunque giustificare l'accusa di un ripiegamento quasi-reazionario mossa in M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 247-250.

<sup>(25)</sup> Si veda a tal proposito l'analisi delle numerose affinità tra Llewellyn e il secondo Wittgenstein in D. PATTERSON, *Law's Practice*, in « Columbia Law Review », 90 (1990), pp. 575-600 — articolo che ha il merito di trarre Llewellyn fuori dalle secche delle letture che genericamente lo collocano tra i « realisti » o tra gli « scettici delle regole »; sebbene, ad avviso di chi scrive, Patterson insista troppo sul ruolo costitutivo del linguaggio, che certo è decisivo per Wittgenstein, ma assai meno per Llewellyn.

conflittuali. La sua radice, quindi, sembrerebbe a tutta prima di natura privatistica <sup>(26)</sup>. Ma da questo punto d'avvio non scaturisce affatto un diritto soggettivo — *à la* Widar Cesarini Sforza, per intenderci — che potrebbe articolarsi in un intreccio di diritti e doveri delle controparti e delle loro rispettive attese comportamentali. All'opposto, la « risoluzione dei casi problematici » è la prima di quella serie ramificata di funzioni che Llewellyn definisce « compiti-del-diritto » (*law-jobs*), funzioni pratiche di diversa entità, che rispondono all'interesse primario di comporre un campo d'interazione stabile e persistente. Il conflitto non è un puro contrasto tra interessi individuali, ma manifestazione del potenziale espansivo dell'azione umana, laddove la ripetizione di azioni identiche non è che un'ideale e ogni ripetizione porta con sé una inevitabile differenza. Il conflitto, in tal senso, è quel che mette in moto la formazione dei gruppi, pur essendo al contempo quel che continuamente ne minaccia la persistenza.

Cerchiamo quindi di capire come, nell'ottica di Llewellyn, i gruppi si formino e si consolidino proprio a partire dallo svolgimento di alcuni « compiti » che addomesticano la connaturata tendenza alla disgregazione. Perché s'intenda il senso di un termine vago come « compito » <sup>(27)</sup>: nell'ambito dello studio del diritto, si raccomanda un'ulteriore premessa sull'approccio di Llewellyn. La

---

<sup>(26)</sup> Non va d'altro canto dimenticato che, come sottolinea Twining, lungo il corso della biografia intellettuale di Llewellyn, lo studio del diritto commerciale ha sopravanzato la teoria del diritto. Sicché, sorprende poco che « la parte maggiore del suo lavoro teorico rifletta il suo orientamento al diritto privato » (TWINING, *The Idea of Juristic Method*, cit., p. 120).

<sup>(27)</sup> Il termine originale è « *law-jobs* ». Al di là di « *law* », scritto con la minuscola (dirò poi perché), « *job* » è parola consapevolmente generica, che si può rendere colla parola altrettanto generica « compito ». La consapevole genericità indica come i compiti-del-diritto non designino funzioni specifiche, ma una serie di attività di base, che vanno svolte se si intende preservare una certa stabilità nel tempo. Questo consente di ridimensionare la portata « funzionalista » del progetto di Llewellyn, altrimenti esposto alla messe di critiche cui ogni funzionalismo si espone: egli non intende certo identificare le funzioni di base della società in genere, bensì indicare l'approccio più appropriato per lo studio di quel particolare (e diffusissimo) fenomeno che è l'istituzione. Una ponderata difesa della prospettiva dei compiti-del-diritto dalle critiche storicamente rivolte al funzionalismo può trovarsi in TWINING, *The Idea of Juristic Method*, cit., pp. 131-134. In altri contesti, Twining parla giustamente di « *thin functio-*

prosa di questi risente dell'ambiziosissima aspirazione di scrivere *ex novo* il lessico della teoria giuridica per liberarla dalle pastoie della coeva dottrina, incapace com'è, ad avviso del Nostro, di affrancarsi dalle fonti dogmatiche. Il suo quindi non è un puro narcisismo teorico — sebbene talora indulga in barocchismi troppo compiaciuti. È piuttosto uno stile ispirato all'esigenza di superare la limitatezza di quegli approcci teorici che fanno del diritto un'entità specifica, ben determinata, delimitata, specializzata. Con i suoi lirismi e le sue invenzioni lessicali (c'è d'ammetterlo, non tutte felici) <sup>(28)</sup>, Llewellyn tenta di andare al cuore dell'esperienza pratica umana, segnata immancabilmente da contese, contrapposizioni di interessi, frizioni tra modelli di condotta alternativi. Come nel caso di Romano, il rifiuto delle tendenze riduzioniste del pensiero giuridico tardo-moderno è una conseguenza dell'intento di giungere per via teorica al momento in cui un'istituzione emerge come istanza sociale (*quindi* giuridica) che mira a una qualche stabilità.

Seguiamo così il percorso di Llewellyn negli anni Trenta e Quaranta del Novecento, periodo in cui elabora quella prospettiva teorica — su cui lavora con più decisione a partire dal primo avvio della fruttuosa collaborazione con l'antropologo Edward Adamson Hoebel <sup>(29)</sup> — secondo cui si può parlare di diritto solo in termini di istituzione. A tal proposito, come accennavo poco sopra, egli offre una concezione complementare a quella di Romano, perché guarda ad alcuni aspetti che questi lascia del tutto inesplorati. Tutt'altro che una divergenza d'opinione: si tratta di uno sguardo al fenomeno giuridico che è in grado di integrarsi virtuosamente con l'impianto di Romano. Proprio come questi, infatti, Llewellyn ritiene che l'istituzione non sia tanto l'esito di un processo, quanto il processo

---

nalism » (cfr. W. TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 109-112).

<sup>(28)</sup> Sulle innovazioni linguistiche di Llewellyn, e più in generale sulla sua prosa, si vedano le considerazioni opportune, benché talvolta troppo *tranchant*, di W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012<sup>2</sup>, pp. 170-202; F. SCHAUER, *Editor's Introduction*, in K. LLEWELLYN, *The Theory of Rules*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011.

<sup>(29)</sup> Collaborazione i cui esiti trovano sintesi nel celebre testo K. LLEWELLYN, E.A. HOEBEL, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman and London, University of Oklahoma Press, 1941.

stesso <sup>(30)</sup>. L'istituzione non è la sedimentazione di una certa pratica, bensì l'insieme delle tecniche predisposte al fine della sua sedimentazione e dei modi in cui queste tecniche vengono impiegate. La teoria dei due autori è quindi complementare nel senso che, a differenza di Romano, e non senza più d'una ragione, il giurista di Seattle ritiene che una teoria dell'istituzione non possa prescindere dall'analisi concreta dei processi entro i loro contesti geo-storici: i mezzi con cui una pratica si sedimenta *sono* il contesto della pratica; sicché, lo studio delle pratiche è lo studio dei contesti.

In tale ottica, è interessante rilevare la modalità ancipite con cui Llewellyn presenta la sua teoria dell'istituzione. Per un verso, mediante il concetto di istituzione, egli sembra voler restituire un respiro più ampio alla concettualizzazione del diritto, il quale non può essere ridotto ad alcuna sua caratteristica sostantiva (come ad esempio norme, procedure, autorità, coazione). Per altro verso, però, egli spesso presenta la teoria dell'istituzione come uno strumento analitico, anziché il prodotto compiuto di un'analisi teorica. L'idea di istituzione è in primo luogo una griglia metodologica, che consente di accostarsi alle varie realtà pratiche senza predeterminarne in un senso o nell'altro l'appartenenza a questa o quella sfera d'azione (come raccomanderebbe invece la topologia del moderno). La teoria dell'istituzione è quindi pienamente desostanzializzata. Come la scala di Wittgenstein, che si getta via una volta usata per ascendere, non esiste davvero alcuna istituzione da osservare e descrivere: esistono solo molti modi di procurare a una certa pratica un minimo di continuità.

Lo studio dell'istituzione non è quindi lo studio di una cosa specifica, particolare, come fosse un'entità dotata di sostanza, ma l'indagine di un processo, ovvero l'impiego di tecniche che appiannano i conflitti, canalizzano azioni e aspettative, distribuiscono

---

<sup>(30)</sup> Benché ne abbia fatto rapida menzione al termine del paragrafo precedente, non è quella processualista la strada che ho scelto in questo contributo per trattare dell'istituzionalismo di Romano. Per una lettura in tal senso, mi permetto di rimandare a M. CROCE, *Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano*, in « Diritto pubblico », 3 (2017), pp. 841-860, e in particolar modo a Id., *La tecnica della composizione: il pluralismo operativo di Santi Romano*, in « Jura Gentium », 15 (2018), 2, pp. 19-26.

l'autorità, imprimono un indirizzo unitario <sup>(31)</sup>. Sono queste alcune funzioni di base (definite appunto « compiti-del-diritto ») che qualsiasi gruppo di esseri umani deve mettere in atto per preservare la propria « groupness » <sup>(32)</sup>. Detto altrimenti, un collettivo si tiene assieme solo se mette in opera certe tecniche perlopiù relative alla gestione delle situazioni in cui il suo esser collettivo viene messo sotto pressione ed esposto al rischio della disgregazione, come ad esempio le circostanze di contese tra singoli o quelle in cui bisogna prendere decisioni o quelle in cui si deve scegliere se seguire un indirizzo di sviluppo oppure un altro. Va da sé che Llewellyn è del tutto consapevole del truismo di cui si fa difensore: dire che il gruppo deve svolgere quelle funzioni, come egli riconosce in piena franchezza, è dire che il gruppo deve rimanere gruppo — così come Romano riconosce in piena franchezza la circolarità cui conduce l'identificazione di diritto e socialità. Ma il truismo è finalizzato appunto all'apertura dei confini dell'indagine: capire dove e in che modo quelle tecniche sono messe in atto consente di capire quali e quante sono le forme di diritto (lettera minuscola) che si possono incontrare in certe circostanze geo-storiche.

Come nel caso di Romano, questo costituisce un potentissimo attacco — in primo luogo metodologico — alla tradizione del pensiero giuridico tardo-moderno e alla sua ricerca delle specificità del diritto. La mossa decisiva di Llewellyn, che supera qualsiasi steccato disciplinare e tematico, è prendere atto di come il campo dell'azione pratica sia un continuum, che si mostra come atomizzato solo a certi scopi e per certi interessi <sup>(33)</sup>. Detto altrimenti, non c'è spazio dell'azione pratica umana in cui ci sia interazione che non goda di un qualche grado di stabilità e di una serie di criteri volti ad

---

<sup>(31)</sup> Queste quattro funzioni corrispondono ai primi quattro *law-jobs* di cui Llewellyn parla in K.N. LLEWELLYN, *The Normative, the Legal, and the Law-jobs: The Problem of Juristic Method*, in « The Yale Law Journal », 49 (1940), 8, pp. 1355-1400, p. 1373.

<sup>(32)</sup> Ivi, p. 1374.

<sup>(33)</sup> Questa prospettiva è diffusissima nel campo di studi transdisciplinare noto come « pluralismo giuridico ». In questo, il contributo che meglio rende conto del *continuum* di cui qui si fa parola è M. GALANTER, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 19 (1981), pp. 1-47.

assicurare che l'azione pratica si riproduca senza strappi: coppie, gruppi di amici, associazioni religiose, club sportivi, università, movimenti politici e così via. In tutti questi contesti, i conflitti vengono in qualche modo risolti, l'autorità è in qualche modo distribuita, e si seguono certe direttrici di sviluppo rispetto ad altre. Con le parole di Llewellyn, in tutti questi contesti, si manifestano « modi-del-diritto » — di nuovo: lettera minuscola — ovvero processi di sedimentazione delle pratiche che derivano dalla risoluzione di conflitti e dalla necessità di prendere decisioni in certi momenti.

Una considerazione particolare merita il termine « juristic method », che Llewellyn isola come un compito-del-diritto a sé stante. Con un buon grado di approssimazione interpretativa, si può farne la sintesi che segue. Proprio come in Romano, il processo di istituzionalizzazione va di pari passo con lo sviluppo di un sapere specialistico e con la differenziazione di gruppi di esperti, che si provvedono di un « metodo » per la gestione e la trasmissione di questo sapere. In tal senso Llewellyn individua un passaggio cruciale nella formazione di un collettivo stabile nella standardizzazione dei modi di applicazione delle tecniche, che a sua volta inaugura una « tradizione », il cui ruolo è tanto importante quanto quello delle altre tecniche <sup>(34)</sup>. Per questo, se è vero, come accennavo sopra, che Llewellyn mette in primo piano i soggetti (*chi* interviene a dirimere una contesa, *chi* è dotato di autorità, *chi* si specializza nell'uso delle tecniche) e i poteri (i mezzi per dirimere una contesa, il modo di far

---

(34) A una cultura del diritto che, come quella italiana, si nutre del contrappunto costante (in termini sia storici sia concettuali) tra *ius* e *lex*, e che tende a separare con cura « diritto » da « legge », non si richiede alcuna particolare invenzione lessicale. Lo stesso non vale per l'inglese, dove « law » e « legal » sono categorie onnicomprensive, che stanno egualmente per « diritto » e « legge », « giuridico » e « legale ». Per questo, Llewellyn parla di metodo « juristic », non già « legal ». Si tratta appunto di una tecnologia, nel senso dello sviluppo di alcuni saperi a riguardo di certe tecniche — saperi, quindi, che non hanno natura primariamente dottrinale né riguardano certi specifici campi, ma si ottengono dal raffinamento delle operazioni riflessive richieste dall'adozione degli strumenti che assicurano la stabilità di un gruppo. Il tema, per l'appunto, è trattato ampiamente nella letteratura. Rimando qui ai testi che ne rintracciano le manifestazioni più eclatanti in diverse condizioni geo-storiche: A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007; C.H. McILWAIN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1947.

rispettare l'autorità per come allocata, l'esclusione di alcuni dal gruppo di specialisti nell'uso delle tecniche), questo non è che il corrispettivo dell'assoluta centralità che Romano riconosce al sapere specialistico, che in ogni istituzione produce i suoi esperti, i suoi protocolli, le sue modalità di inclusione ed esclusione.

Sorprende assai poco, quindi, l'insistenza di Llewellyn sulla parola « craft », intesa proprio come arte connessa a un mestiere di natura (quasi)corporativa. Questa dimensione tecnica, artigianale, di un'arte che si apprende, si affina e poi si trasmette, è necessaria alla *groupness* che si specializza: in ogni compagine sociale in cui differenziazione e complessità concregono, c'è un sotto-insieme di individui che si fa carico dell'acquisizione della conoscenza dei modi reiterati e più affidabili di assolvere le varie funzioni. In maniera non dissimile da un indirizzo ampiamente diffuso nella sociologia del Novecento, Llewellyn si fa difensore di una concezione arborescente del sapere specializzato: quando un gruppo, inizialmente semplice, si differenzia e si articola in gruppi specializzati, tra loro connessi in vari modi, si richiede un numero sempre più ampio di saperi specialistici associato a un numero parimenti ampio di gruppi dedicati a tali saperi. Nulla di nuovo, in tal senso, rispetto alle teorie della differenziazione sociale del secondo Novecento.

Ma non è questo il punto dirimente, almeno ai fini della presente indagine. Rileva piuttosto il fatto che, per Llewellyn, se si vuole individuare il modo in cui si compone il continuum di pratiche, è indispensabile *seguire le tracce degli attori* — specie, a suo avviso, quelli che hanno in carico la gestione dei saperi specializzati — e *mappare gli effetti delle tecniche*. Solo allorché si giunge a una prospettiva molto ampia su un certo contesto geo-storico (« a culture », direbbe Llewellyn), solo allora si può provare a indovinare quale sia il « Diritto » (lettera maiuscola, stavolta). Detto altrimenti, solo uno sguardo ad ampio raggio sull'articolato intreccio di pratiche normative, e sul modo del loro funzionamento spesso indistricabile, consente di studiare in modo affidabile il sistema dedicato in maniera (tendenzialmente) esclusiva alla gestione ultima delle dispute, all'allocazione delle risorse, alla impartizione di un indirizzo politico comune. E anche in tal caso, insiste Llewellyn, non ci si potrà concentrare in via esclusiva su quello, perché il diritto di molte

istituzioni non-statali svolge compiti senza i quali non esisterebbe (là dove esiste) alcun Diritto (lettera maiuscola):

It was astounding to me, for instance, in a canvass of Contract, to discover how much governmental work Contract was doing, and how much of the commonly supposed work of Contract was being done by such 'other' institutions as association, property, industrial technology, and accounting — to pick a few. An analysis of the work of marriage-and-the-immediate-family brings out similar results. So that the 'law'-job of coordination, direction and incentive [...] is being worked at also by religion, and by prevailing folk-philosophy, and by 'economic organization', and by 'education', and by 'patriotism'. But so long as it be clear how peculiarly the job in question *partakes* of the 'legal', and *how much* of it, for purposes of the study of man-in-culture, must be dealt with together with other matters 'legal', the overlaps with 'other' phases of culture do not disturb <sup>(35)</sup>.

Tutt'altro che l'isolamento del fenomeno giuridico mediante il rinvenimento della *differentia specifica*, come prescrivono i protocolli della scienza giuridica tardo-moderna. Per ottenere una visione di dettaglio, si deve allargare lo sguardo.

#### 4. *Uscire dalla contingenza?*

Come dichiarato in apertura, di Romano e di Llewellyn risalta soprattutto il gesto di sottrazione con cui guardano alla doppia natura dell'istituzione: quella spinta dinamica e quella provvisorietà che ne fanno il mezzo più appropriato per la gestione delle contingenze. Al progetto teorico della tarda modernità, che aspira a isolare il diritto dalle altre tecniche di organizzazione sociale, rispondono con l'equazione di organizzazione e diritto. La conseguenza è duplice: se il giuridico abita ogni spazio del sociale, gli spazi del sociale riescono a proteggere i propri canoni di conservazione solo mediante quelle tecniche che alcuni contesti normativi (quelli che siamo abituati a chiamare « diritto ») mostrano con più evidenza.

La realtà però rimane un continuum di forme organizzate, il cui intreccio fa sì che esse dipendano le une dalle altre in modi che il teorico (del diritto e non solo) deve poter comprendere, rinunciando alla propensione a isolare l'oggetto d'analisi. Questo è forse un ulteriore elemento che separa Romano da Llewellyn e che fa

---

(35) LLEWELLYN, *The Normative, the Legal, and the Law-jobs*, cit., pp. 1389-1390.

apprezzare l'esplicito sincretismo del secondo: molte delle funzioni attribuite a quello che egli definisce « Diritto » (con la maiuscola) non potrebbero essere svolte se non con l'ausilio, e talora la supplenza, di molte altre istituzioni. Per questo, la teoria istituzionalista chiama a una ricerca degli intrecci e delle sovrapposizioni, che del pluralismo faccia non solo un salutare esito teorico, ma un più efficace metodo di osservazione del reale.

Non è tuttavia per disprezzo delle contaminazioni che Romano ricalca le linee di quegli ammiratori della « purezza » che tanto critica e finisce con il descrivere il diritto come una tecnica specialistica — benché diffusissima. In lui vince la spinta a ricercare l'elemento sapienziale — tratto che sta a cuore a chiunque ritenga che, ovunque ci sia diritto, debbano esserci degli specialisti che ne padroneggino gli strumenti e le categorie. Il rischio, nondimeno, è che l'istituzionalismo di partenza si comprima in una prospettiva particolare sulle istituzioni più organizzate e in particolare su quelle che vantano una qualche prelazione sull'etichetta « diritto ». Llewellyn mostra come anche una fresca coppia di sposi o una famiglia possano contare su sofisticate modalità di produrre generalizzazioni normative, su metodi di risoluzione dei conflitti e su criteri per la distribuzione dell'autorità — tecniche che richiedono perizia e competenza, e il cui venir meno rischia di portare al collasso del gruppo.

Per questa ragione, la convergenza tra i due giuristi si fa apprezzare anche come integrazione reciproca. Due ottiche capaci di segnare un canone, di avviare dibattiti accesi, di innescare confronti con altre discipline, illuminano aspetti di un medesimo fenomeno, che si lasciano apprezzare meglio tramite una lettura in parallelo. È dalla prospettiva filosofica che in queste pagine chi scrive si è accostato al pensiero dei due, nel convincimento che entrambi fossero consci di come l'istituzione non sia tanto fissità e cristallizzazione, quanto incessante sforzo per prendere le misure rispetto a ciò che costantemente eccede i criteri in base ai quali viene giudicato: nuove condotte, nuovi modi di tradurre i modelli, interpretazioni eterodosse delle procedure, stravolgimenti delle tradizioni. Se, nell'ottica dell'istituzione così declinata, dalla contingenza non c'è uscita, quel che di questo dato di fatto si lascia più apprezzare è che le risorse che tale destino sa produrre sono più numerose e ragguardevoli dei rischi cui espone.



LUIGI NUZZO

PLURALISMO GIURIDICO E ORDINE COLONIALE  
IN SANTI ROMANO

1. Resistenze storiografiche. — 2. Suggestioni tedesche. — 3. Intermezzo cinese. —  
4. Oltremare.

1. *Resistenze storiografiche.*

Qualche anno fa António Manuel Hespanha, recensendo un volume di Lauren Benton e Richard Ross che affrontava il tema del pluralismo giuridico da una prospettiva imperiale, rivendicava con un leggero tocco di giustificato e condivisibile orgoglio i meriti della storiografia italiana, spagnola e portoghese nel denunciare i limiti delle storie statocentriche del diritto <sup>(1)</sup>. Lo stesso António Manuel Hespanha in lavori che hanno costituito un riferimento obbligato per ogni rilettura critica della storia giuridica europea, aveva ripetutamente insistito sui limiti semantici del termine Stato per descrivere le esperienze politiche premoderne e sui fraintendimenti prodotti dal suo utilizzo per leggere la storia di Antico Regime <sup>(2)</sup>.

Fuori dai confini dell'Occidente, poi, la critica dello Stato come macro potere, prodotto di un tempo moderno razionale e progressista e allo stesso tempo produttore di modernità, razionalità

---

<sup>(1)</sup> António Manuel HESPANHA, *The Legal Patchworks of Empire*, in « Rechtsge-  
schichte », 22 (2014), pp. 303-314. Il volume recensito è il seguente: *Legal Pluralism and  
Empires 1500-1850*, Lauren Benton and Richard Ross (eds.), New York, NYU Press,  
2013.

<sup>(2)</sup> António Manuel HESPANHA, *O Estado absoluto. Problema de interpretação  
histórica*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, Graf.  
De Coimbra, 1979, pp. 185-225; ID., *As Vésperas do Leviathan: instituições e poder  
político. Portugal — séc. XVII* (1987), Coimbra, Almedina, 1994; ID., *Pluralismo jurídico  
e direito democrático*, São Paulo, Annablume, 2013.

e progresso, aveva permesso a giuristi, filosofi e storici del diritto di scoprire nuove forme di immaginazione politica e giuridica, alternative all'approccio storicista europeo e di vedere molteplici spazialità giuridiche, interconnesse e fluide, nelle quali coesistevano giurisdizioni e leggi diverse<sup>(3)</sup>. Ciò ha reso possibile la formazione di una nuova consapevolezza metodologica e l'individuazione di nuovi ambiti di ricerca. Allo stesso tempo, tuttavia, la decostruzione del concetto di Stato e il ripensamento del tradizionale approccio dogmatico istituzionale e dell'idea di verità che esso implicava, ha prodotto pericolosi corto circuiti tra passato e presente, metropoli e colonia e ha spinto i più avventurosi ad intraprendere viaggi trans-temporali nel mondo premoderno alla ricerca di segni che anticipassero forme di sensibilità a noi più vicine, testimoniando addirittura l'esistenza di un ordine naturale in grado di offrire diritti e protezione a soggetti destinati ad essere sacrificati sull'altare della modernità<sup>(4)</sup>.

La ricostruzione dei percorsi storiografici resi possibili dalla lunga crisi dei concetti di Stato e di soggettività giuridica sfugge, però, agli obiettivi di questo articolo, né del resto intendo analizzare i fraintendimenti prodotti dalla proiezione retrospettiva di categorie giuridiche dell'Ottocento occidentale nel leggere esperienze lontane nel tempo o nello spazio, o addentrarmi nei diversi modelli di pluralismo giuridico emersi con il superamento dell'impostazione giuspositivista. Vorrei, infatti, limitare la mia analisi alla sola esperienza italiana e a un solo protagonista, Santi Romano. Un « esploratore », come lo ha definito giustamente Paolo Grossi in una riuscita sintesi del pensiero giuridico italiano tra Otto e Novecento, in grado di cogliere la complessità della realtà sociale, di ricondurla nelle maglie del diritto e di rappresentarla, spostando l'accento dalle norme ai poteri che le producono, attraverso l'immagine plurale

---

<sup>(3)</sup> V. per tutti Boaventura SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense*, London, Elsevier, 2002, p. 85 e ss.

<sup>(4)</sup> Lo ha ricordato con la consueta efficacia Maurizio Fioravanti proprio con riferimento a Santi Romano, *ad vocem*, in *Il contributo italiano alla storia del Pensiero: Storia e Politica*, 2013, [https://www.treccani.it/enciclopedia/santi-romano\\_%28II-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Storia-e-Politica%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/santi-romano_%28II-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Storia-e-Politica%29/).

dell'ordinamento giuridico <sup>(5)</sup>. Assumere Santi Romano come oggetto di indagine all'interno di un *Quaderno* tematicamente dedicato al pluralismo giuridico, impone, tuttavia, un'ulteriore precisazione del campo di indagine. Negli ultimi anni, le celebrazioni del centenario della pubblicazione dell'*Ordinamento giuridico* e la sua recente traduzione in lingua inglese hanno permesso a Romano di tornare prepotentemente alla ribalta <sup>(6)</sup>. Tre importanti congressi a Palermo, Pisa e Napoli ne hanno ricostruito il percorso intellettuale, analizzato il contributo nelle diverse discipline giuridiche ed evidenziato con forza le nuove prospettive aperte in ciascuna di esse dall'opzione istituzionalistica <sup>(7)</sup>.

L'*Ordinamento giuridico* che quel percorso sembra coronare, tuttavia, non è « un frutto improvvisato », ma il punto di arrivo di un lungo percorso iniziato alla fine del XIX secolo con l'osservazione degli effetti prodotti dall'associazionismo privato conseguente all'accelerazione del processo industriale italiano <sup>(8)</sup>.

All'interno del vivace quadro intellettuale europeo in cui coesistono le comunità organiche di Gierke, le immagini di Stato come struttura decentrata offerte da Duguit o l'antistatalismo

<sup>(5)</sup> Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 110.

<sup>(6)</sup> La traduzione di Mariano Croce in inglese è per i tipi di Routledge (2017) e segue quelle in spagnolo (1963), francese (1975), tedesco (1975) e portoghese (2008). Sulla recezione di Romano all'estero v. Sabino CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1 (2015), pp. 177-182; Filippo FONTANELLI, *Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*, in « Transnational Legal Theory », 2 (2011), pp. 67-117; Mariano CROCE, *Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano*, in « Diritto Pubblico », 3 (2017), pp. 841-860.

<sup>(7)</sup> Il primo dei tre congressi, *Santi Romano: l'Ordinamento giuridico (1917-2017)* si è svolto a Palermo il 24 novembre 2017. Il convegno napoletano si è tenuto al Suor Orsola il 23 marzo 2018, v. *L'Ordinamento giuridico nel centenario*, a cura di Aldo Sandulli, Bologna, il Mulino, 2021 (in corso di pubblicazione). Di pochi mesi più tardi è invece il convegno pisano i cui atti *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano, Pisa 14-15 giugno 2018*, sono stati pubblicati a cura di Roberto Cavallo Perin, Giovanna Colombini, Fabio Merusi, Aristide Police, Alberto Romano, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

<sup>(8)</sup> L'espressione tra caporali è tratta dalla relazione con cui Paolo Grossi ha aperto i lavori del convegno palermitano.

inglese di Maitland o Figgis, Romano è, tra i giuristi italiani, il primo che coglie l'inadeguatezza del modello statocentrico liberale per leggere le trasformazioni di una società civile divenuta troppo complessa <sup>(9)</sup>. Registrare l'autonomia della società civile e l'emersione di nuove realtà istituzionali non significava, per Romano solo svelare impietosamente i limiti del vecchio stato liberale, ma anche iniziare una riflessione sulle caratteristiche che il nuovo avrebbe dovuto assumere. Uno Stato post liberale che avrebbe dovuto farsi amministrazione ed intervenire direttamente con il suo apparato burocratico pubblico nella vita sociale ed economica, superando l'equazione diritto privato / diritto patrimoniale, diritto pubblico / diritti di libertà, ma senza spogliarsi mai completamente della sua sovranità. La centralità dell'amministrazione emerge sin dal suo primo lavoro sulla teoria dei diritti pubblici subiettivi e dal confronto che egli apre con la dottrina tedesca, in particolare con Otto Mayer e Georg Jellinek <sup>(10)</sup>. Così come emerge con chiarezza la sua linea operativa: affermare la specificità della prospettiva giuridica e disattivare le tensioni che attraversano la società, riassorbendo e temperando la molteplicità degli interessi all'interno di quella organizzazione superiore con funzione di garanzia e di controllo che è lo Stato. Non stupisce, quindi, che pochi anni più tardi nella famosa prolusione pisana, lo Stato sia definito una « stupenda » entità che il diritto ha creato e che il diritto ha il dovere di salvare

---

<sup>(9)</sup> Il rapporto con Otto von Gierke è stato analizzato da Maximilien FUCHS, *Otto Von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 9 (1979), pp. 65-80; Virgilio MURA, *Pluralismo e neostatualismo nella cultura giusfilosofica italiana*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, a cura di Aldo Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 383-385. La centralità della *Genossenschaftstheorie* di Gierke è stata messa in risalto da Emanuele Conte in una conferenza tenuta ad Harvard il 23 novembre dello scorso anno, *Legal Pluralism: from History to Theory and Back. Otto von Gierke, Santi Romano, Francesco Calasso on the Medieval Institutions*. Il testo, in corso di stampa, è stato consultato in dattiloscritto per la cortesia del suo Autore.

<sup>(10)</sup> Santi ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi* (1896), in Id., *Gli Scritti nel Trattato Orlando*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 3-136. V. sempre Maurizio FIORAVANTI, *'Stato giuridico' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., p. 306 e ss.

« riconducendo i conflitti in nuove forme di cooperazione »<sup>(11)</sup>. Con la fine della prima guerra mondiale questo percorso è ormai completato e trova una teorizzazione definitiva nell'*Ordinamento giuridico*. Il diritto ha finalmente riscoperto la sua dimensione prenormativa, fattuale e sociale, ed è tornato ad essere istituzione, cioè « organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come ente a sé stante »<sup>(12)</sup>. Ordinamento tra ordinamenti, lo Stato di Santi Romano continuava, nel solco della scuola italiana di diritto pubblico e nella fedeltà al metodo giuridico, a costituire il modello attraverso il quale articolare il discorso giuspubblicistico<sup>(13)</sup>. Prendendo atto dell'impossibilità di assorbire la società all'interno dello Stato, Romano, come ha scritto in pagine importanti Pietro Costa, ne accettava, prima la scomposizione in una molteplicità di ordinamenti, e poi procedeva alla loro giuridicizzazione, vincolandoli, proprio per il tramite del

---

<sup>(11)</sup> Santi ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 5-26; cfr. Sabino CASSESE, *Lo Stato, « stupenda creazione del diritto » e « vero principio di vita », nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, in « Quaderni fiorentini », 16 (1987), pp. 501-518; Paolo GROSSI, « *Lo Stato moderno e la sua crisi* » (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano), in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 61 (2011), pp. 1-22, ora in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 41-65; Vincenzo TONDI DELLA MURA, *Riflettendo sul centenario della prolusione pisana di Santi Romano: la realtà e l'inquietudine*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, Jovene, 2013, vol. 1, pp. 499-514.

<sup>(12)</sup> Santi ROMANO, *L'Ordinamento giuridico* (1918), a cura di Mariano Croce, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 38. Sul processo di redazione de *L'Ordinamento giuridico* Sabino CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano*, in « Quaderni fiorentini », 1 (1972), pp. 243-283. Sull'istituzionalismo v. Massimo LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. La teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 128 e ss.; Mauro BARBERIS, *Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2 (2011), pp. 349-359; Marco D'ALBERTI, *Santi Romano e l'istituzione*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 64 (2014), 3, pp. 579-592.

<sup>(13)</sup> Sull'utilizzo del metodo giuridico come strumento per la costruzione di una teoria giuridica dello Stato v. Giulio CIANFEROTTI, *La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 157-172; Maurizio FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo e la ricostruzione della teoria giuridica dello Stato*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. 1, pp. 23-63.

diritto come minimo comun denominatore, nelle maglie di un rapporto asimmetrico con lo Stato o condannandoli all'irrelevanza (14).

Torneremo più avanti al rapporto tra i due poli della costruzione teorica romaniana. Vorrei, infatti, assumere quella che potrebbe apparire semplicemente una banale coincidenza temporale per guardare da altra prospettiva al percorso scientifico del giurista palermitano

Nel 1918, quando Romano dava alle stampe *L'ordinamento giuridico*, riunendo in un'unica monografia le due pubblicazioni apparse sugli annali delle Università Toscane tra il 1917 e lo stesso 1918, la casa editrice Athenaeum pubblicava anche il *Corso di diritto coloniale* che il giurista aveva impartito a Firenze nel Regio Istituto di Scienze Sociali Cesare Alfieri (15).

Il tema non era nuovo. L'esigenza di fornire ai funzionari e agli operatori giuridici in colonia una guida per districarsi tra la corposa legislazione sui possedimenti britannici in America aveva spinto, già alla metà degli anni trenta dell'Ottocento, uno sconosciuto avvocato inglese, Charles Clark, a scrivere un *summary of colonial law* (16). Nello stesso tempo, in Francia, dopo la sintesi pionieristica di Émilien Petit del 1771 sul diritto pubblico applicato nei territori d'Oltremare, si erano moltiplicate le raccolte legislative di *législation*

---

(14) « Romano — scrive sempre Pietro COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 134 — non ha 'inventato' il pluralismo, non lo ha introdotto nella testualità giuridica italiana globalmente considerata, lo ha immesso in un modello giuspolitico operante all'interno di quella tradizione. [...] Non è dunque il 'pluralismo' che Romano scopre, ma piuttosto la possibilità di raggiungerlo attraverso un modello statocentrico, fino a quel momento refrattario ad una tematizzazione 'pluralista' del polo sociale ». Riprende molto opportunamente Costa, Bernardo SORDI, *Statualità e pluralità nella teoria dell'Ordinamento giuridico*, in *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, cit., p. 20.

(15) Santi ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Roma, Atheneum, 1918. Quattro anni prima Romano aveva dedicato al diritto coloniale un capitolo del suo *Il diritto pubblico italiano* (1914), Milano, Giuffrè, 1988, pp. 431-447.

(16) Charles CLARK, *A Summary of Colonial Law. The Practice of the Court of Appeals from Plantations, and of the Laws and their administration in all the Colonies: with Charters of Justice, Orders in Council, & C.*, London, Boworth and Sons, 1837.

*coloniale* con l'obiettivo di offrire una topografia della dispersa e antinomica normativa coloniale francese (17).

Da una prospettiva diversa, invece, i giuristi europei impegnati nel processo di costruzione del diritto internazionale come sapere scientifico, sistematico e positivo, fondato su una tradizione storica e religiosa comune, avevano avviato una riflessione profonda sui titoli che legittimavano la presenza europea al di fuori dei suoi confini, e avevano riconosciuto l'occupazione come modo di acquisto della proprietà a titolo originario anche per il diritto internazionale. Nello stesso tempo, consapevoli che proprio quelle differenze culturali e religiose impedivano di affidare l'ordine giuridico globale ad una legge internazionale universale, avevano individuato altri circuiti normativi attraverso i quali definire i rapporti giuridico economici con quei popoli che non appartenevano alla civiltà europea (18). Ciò aveva condotto nel corso del XIX secolo ad aggiornare il vecchio regime delle capitolazioni in uso nell'impero ottomano creando una speciale 'versione orientale' del diritto consolare, ad immaginare l'esistenza di una molteplicità di diritti internazionali in ragione delle diverse latitudini, culture, religioni, e infine, a ricorrere spregiudicatamente alle categorie del diritto privato per svuotare la sovranità territoriale dei popoli colonizzati (19). Agli inizi del Novecento, con l'attutirsi dell'eco della conferenza di Berlino e l'avvio della svolta positivista del diritto internazionale, i temi e problemi di carattere coloniale scomparvero da manuali e riviste ad eccezione

---

(17) Émilien PETIT, *Droit public ou gouvernement des colonies françaises d'après les lois faites pour ces pays* (1771), Paris, Librairie Paul Geuthner, 1911. Per una ricostruzione storica del diritto coloniale v. Bernard DURAND, *Introduction historique au droit colonial. Un ordre « au gré des vents »*, Paris, Economica, 2015. Con riferimento all'esperienza francese v. l'utilissimo *Dictionnaire des juristes. Colonies et Outre-mer XVIIIe — XXe*, sous la direction de Florence Renucci, in corso di stampa, consultato grazie alla cortesia della Curatrice.

(18) Luigi NUZZO, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012; Eliana AUGUSTI, *Questioni di Oriente. Europa e Impero Ottomano nel diritto internazionale dell'Ottocento*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

(19) Cfr. Eliana AUGUSTI, *La giurisdizione consolare in Oriente: dal primato genovese alla sparizione. Spunti per una riflessione*, in Alberico e Scipione Gentili *nell'Europa di ieri e di oggi. Reti di relazioni e cultura politica*, a cura di Vincenzo Lavenia, Macerata, Eum, 2018, pp. 153-189.

di quei pochi argomenti che ancora potevano proiettare la necessità di regolamentare le relazioni interstatali sugli spazi extraeuropei. In Italia, in una disciplina che vedeva emergere una nuova generazione di giuristi, continuò a farsene carico soprattutto Enrico Catellani<sup>(20)</sup>. Professore di diritto internazionale nell'università di Padova, Catellani aveva avviato, sin dal 1885, un interessante e personale percorso scientifico con la pubblicazione di un corposo volume dedicato al processo di colonizzazione in Africa e alle novità introdotte a Berlino<sup>(21)</sup>. E proprio in virtù della sua riconosciuta competenza in ambito coloniale e più in generale del suo interesse verso il mondo extraeuropeo, era riuscito a collaborare con la *Rivista di diritto internazionale* fondata da Dionisio Anzilotti nel 1906 nonostante le sovrapposizioni tra diritto, storia, politica e sociologia sulle quali indugiava non fossero più compatibili con la ridefinizione dell'identità disciplinare che lo stesso Anzilotti si prefiggeva di realizzare con la pubblicazione della nuova rivista<sup>(22)</sup>. Tuttavia anche al di fuori della cerchia ristretta della nascente scuola positivista italiana di diritto internazionale, l'eclettismo di Catellani non rispondeva più alle aspettative imposte dallo specialismo disciplinare<sup>(23)</sup>. I suoi corsi in materia coloniale così come le monografie sulla presenza occidentale nell'Estremo Oriente, contenevano spunti interessanti, una non comune sensibilità comparativa e una grande curiosità intellettuale, ma non erano in grado di definire il posto del diritto coloniale all'interno dell'enciclopedia del sapere giuri-

---

(20) Manca ancora una ricostruzione del percorso intellettuale di Catellani. Per una prima ricognizione v. Mirko SOSSAI, *Enrico Catellani. Un internazionalista al Comando supremo durante la Grande Guerra*, in *Diritto internazionale e valori umanitari. Atti della giornata di Studio in onore di Paolo Benvenuti*, a cura di Antonietta Di Biase, Giulio Bartolini, Mirko Sossai, Roma Tre Press, 2019, pp. 281-295.

(21) Enrico CATELLANI, *Le Colonie e la conferenza di Berlino*, Torino, Unione Tipografica editrice, 1885.

(22) Ricorda la collaborazione di Catellani con la *Rivista di diritto internazionale*, Laura PASSERO, *La Rivista di diritto internazionale (1906-1921) dalla fondazione al primo dopoguerra*, in « Studi Senesi », 120 (2008), 2, pp. 289-290; cfr. Francesco SALERNO, *La Rivista e gli studi di diritto internazionale nel periodo 1906-1943*, in « Rivista di diritto internazionale », 40 (2007), 2, pp. 305-343.

(23) Francesco SALERNO, *L'affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalistica italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, in « Rivista di diritto internazionale », 95 (2012), 1, pp. 29-65.

dico (24). L'imperialismo occidentale imponeva, invece, che i giuristi procedessero ad una trattazione scientifica, riconoscendo al diritto coloniale legittimità teorica e autonomia disciplinare (25). In Italia ciò avvenne solo nel 1918 con la pubblicazione del manuale di Santi Romano. Il giurista siciliano, infatti, non era interessato a ricostruire gli snodi storici del diritto coloniale, né si accontentava di identificarlo con l'insieme dei provvedimenti normativi vigenti in colonia o di mettere ordine nel confuso e contraddittorio materiale normativo che ciascuno Stato europeo aveva prodotto per i propri possedimenti. Si prefiggeva, al contrario, l'obiettivo di definirne la natura, di tracciare i confini che lo separavano dal diritto interno e dal diritto internazionale, di dare forma al sistema delle differenze su cui si fondava, e di riflettere infine sulle modifiche che l'espansionismo coloniale aveva prodotto nelle strutture del vecchio Stato liberale (26).

Ma cosa aveva spinto un brillante studioso del diritto pubblico a tenere un corso di diritto coloniale, pubblicando addirittura le sue lezioni? Come era arrivato ad occuparsi di una materia fino ad allora affidata a storici, economisti o a sconosciuti gregari della scienza

---

(24) Enrico CATELLANI, *Corso di storia delle colonie e diritto e politica coloniale*, dattiloscritto, anno accademico 1910-1911; ID., *I "settlement" europei e i privilegi degli stranieri nell'Estremo Oriente*, vol. 1, *I privilegi degli stranieri*, Venezia, Ferrari, 1902; vol. 2, *Sviluppo dei settlements e il loro Ordinamento giuridico*, Venezia, Ferrari, 1903. I due volumi confluiranno poi in un unico volume dal titolo *La penetrazione straniera nell'Estremo Oriente. Sue forme giuridiche ed economiche*, Firenze, Barbèra, 1915. Nel 1904 il giurista padovano pubblicò anche *L'Estremo Oriente e le sue lotte*, Milano, Treves, 1904.

(25) Sul diritto coloniale italiano, Giulio CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984; Maria SAGÙ, *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, in « Clio », 24 (1988), 4, pp. 557-593; Pietro COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuspubblicistica italiana*, in « Quaderni fiorentini », 33/34 (2004-2005), pp. 169-257; Luciano MARTONE, *Diritto d'Oltremare. Legge e ordine per le colonie del regno d'Italia*, Milano, Giuffrè, 2008. Più recentemente Gianluca BASCHERINI, *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, Jovene, 2012 e Olindo de Napoli di cui vedi almeno *Race and Empire. The Legitimation of Italian Colonialism in Juridical Thought*, in « The Journal of Modern History », 85 (2013), 4, pp. 801-832.

(26) NUZZO, *Origini di una Scienza*, cit., p. 265.

giuridica? Qual era il ruolo del Corso all'intero del suo percorso intellettuale?

Sedotti dalle mitologie ottocentesche della scientificità del diritto, giuristi e storici del diritto hanno prestato una limitata e distratta attenzione alla dimensione giuridica del colonialismo e solo in anni recenti, grazie anche al rinnovato interesse che gli internazionalisti hanno manifestato verso la storia della propria disciplina, una nuova generazione di studiosi ha avviato un profondo processo di decostruzione del discorso giuridico occidentale (27).

In Italia, tuttavia, gli effetti di questo *historical turn* sono tuttora modesti. Nel caso di Santi Romano le resistenze positivistiche e i ritardi metodologici che hanno tenuto lontano i giuristi dalla storia coloniale si sono, paradossalmente, sommati alla rilevanza degli altri lavori del pubblicista siciliano all'interno della cultura giuridica italiana, condannando il suo *Corso di diritto coloniale* all'oblio.

Anche nei tre importanti congressi di Palermo, Napoli e Pisa gli interessi di Romano verso il mondo d'oltremare non sono stati 'presi sul serio' ad eccezione di un breve articolo in cui il suo autore, Filippo Satta, ricorda quanto il testo di Romano sia ancora poco conosciuto, esalta l'attenzione alla dignità delle popolazioni indigene che lo attraversa e ne sottolinea la rilevanza per cogliere il pensiero dello stesso Romano sulla dimensione pluralista dell'ordinamento giuridico (28). Nonostante il frettoloso ritratto agiografico tracciato da Satta spinga il lettore ad attribuire a Romano un'improbabile sensibilità dal carattere postcoloniale, ricondurre la lettura del mondo coloniale all'interno del progetto teorico de *L'ordinamento giuridico* è un'operazione necessaria che permette, come giustamente intuisce Satta, di illuminare lo stesso *Ordinamento giuridico*, rileggendo da una prospettiva diversa il rapporto tra ordinamento statale

---

(27) Un bilancio in Eliana AUGUSTI, *Quale storia per il diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di Massimo Brutti, Alessandro Somma, Frankfurt am Main, Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2018, pp. 31-48; e in Luigi NUZZO, *Lawyers, Space and Subjects. Historical Perspectives on the Western Legal Tradition*, Lecce, Pensa, 2021, p. 9 e ss.

(28) Filippo SATTA, *La specialità degli ordinamenti derivati nei territori d'Oltremare*, in *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, cit., pp. 137-141.

e altri ordinamenti. Non solo. Rileggere Romano partendo dal suo corso di diritto coloniale consente anche di ridescrivere l'itinerario intellettuale di un giurista straordinario all'interno della crisi dello Stato liberale e di coglierne appieno l'impegno nel processo di trasformazione dello Stato di diritto in Stato amministrativo <sup>(29)</sup>.

## 2. *Suggerzioni tedesche.*

Riavvolgiamo dunque il filo quell'itinerario e torniamo nella Palermo di fine Ottocento, dove un giovanissimo Romano pubblicava, nel *Trattato di diritto amministrativo* diretto da Vittorio Emanuele Orlando, un saggio sui diritti pubblici soggettivi <sup>(30)</sup>. Interrogandosi sull'esistenza di diritti pubblici soggettivi « pertinenti ad altre persone che non fossero lo Stato », Romano faceva ingresso nel dibattito sul rapporto tra Stato, individuo e territorio, iniziato in Germania a metà del secolo precedente con il disvelamento da parte di Bluntschli e soprattutto Gerber delle potenzialità del metodo giuridico per la costruzione scientifica dello Stato <sup>(31)</sup>.

Attraverso la trasposizione di dogmi e concetti derivanti dal diritto privato, i giuspubblicisti tedeschi avevano fatto dello Stato una persona giuridica dotata di autonoma capacità di volere e di imperio, da cui il popolo traeva « una determinazione unitaria » <sup>(32)</sup>, ma verso il quale, nell'impossibilità di un atto fondativo, non poteva

---

<sup>(29)</sup> In questa direzione anche Gianluca BASCHERINI, *Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul corso di diritto coloniale di Santi Romano*, in « Giornale di Storia Costituzionale », 25 (2013), pp. 117-135. Il volume è tematicamente dedicato al rapporto colonizzazione costituzione.

<sup>(30)</sup> Santi ROMANO, *I diritti pubblici patrimoniali*, in Id., *Gli Scritti nel Trattato Orlando*, cit., pp. 123-140.

<sup>(31)</sup> Rimangono fondamentali le analisi di Walter WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), trad. it. a cura di P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1974, p. 143 e ss.; Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 20-58; Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Beck, B. 2, 1989, pp. 331-337, 430-433; Id., *Die historische Schule und das öffentliche Recht*, in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, Id. (Hrsg.), München, Beck, 1991, pp. 495-508.

<sup>(32)</sup> Carl Friedrich GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco* (1880), in Id., *Diritto pubblico*, trad. a cura di P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1971, p. 134.

avanzare alcuna richiesta. Se lo Stato, quindi, non aveva altri limiti se non quelli che egli stesso poneva alla sua azione, i diritti pubblici riconoscibili in favore dei singoli cittadini potevano essere solo « gli effetti riflessi di quel potere »<sup>(33)</sup>. Erano dunque *Reflexrechte* perché trovavano nello Stato il loro momento genetico. Con Jellinek, attraverso la mediazione di Jhering, il quadro divenne più chiaro e i diritti soggettivi poterono essere qualificati interessi giuridicamente protetti, cioè diritti la cui tutela era garantita dall'autorità giudiziaria. Come membro dello Stato, e quindi come parte di un rapporto ancora organico con lo Stato stesso che ne definiva la personalità giuridica, il cittadino non solo godeva di zone di autonomia sottratte all'ingerenza statale, ma aveva, tramite il suo *status civitatis*, dei poteri in grado di configurare dei diritti azionabili tutelati giudizialmente<sup>(34)</sup>.

Per Romano, tuttavia, la costruzione teorica di Jellinek presentava ancora dei gravi limiti<sup>(35)</sup>. Il giurista di Heidelberg, infatti, assumendo come presupposto che la differenza tra diritto soggettivo individuale e diritto soggettivo pubblico si fondasse sull'interesse per il quale era stato conferito, « prevalentemente individuale » nel primo caso, « prevalentemente generale » nel secondo, si muoveva ancora all'interno della vecchia dicotomia diritto pubblico — diritto privato. Non riusciva ad uscire, in altri termini, da un lato, dalle griglie e dalle classificazioni imposte dalla logica degli *status* attraverso le quali declinava il rapporto tra Stato e cittadino, e, dall'altro, dall'idea della necessaria ed esclusiva identità tra diritto privato e dimensione patrimoniale. Coperto da vecchi schemi concettuali esisteva un mondo nuovo in cui lo Stato si serviva « di tutti i suoi poteri sovrani » per fini economici e sociali. Romano affidava ai

---

<sup>(33)</sup> Ivi, p. 107 e ss.

<sup>(34)</sup> Georg JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, J.C.B. Mohr, 1892, p. 82 e ss.; ID., *Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*, Wien, Alfred Hölder, 1880, p. 337. I paradossi della costruzione teorica di Jellinek sono ben evidenziati da Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 189; cfr. anche Jochen VON BERNSTORFF, *Georg Jellinek and the Origins of Liberal Constitutionalism in International Law*, in « Goettingen Journal of International Law », 4 (2012), 3, pp. 659-675.

<sup>(35)</sup> Cfr. FIORAVANTI, *'Stato giuridico' e diritto costituzionale*, cit., pp. 306-308.

giuristi il compito di darne lettura, individuando gli strumenti dogmatici più utili per ricondurre la realtà nelle forme giuridiche. Per raggiungere questo obiettivo era necessario però che essi assumessero finalmente la consapevolezza dell'inutilità della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, il cui senso alla fine dell'Ottocento era venuto ormai meno. Esisteva un'ampia zona grigia in cui erano contenuti i diversi diritti pubblici che lo Stato esercitava « sulle cose che si trovano sul territorio »<sup>(36)</sup>.

Romano conosceva bene il dibattito tedesco e la difficoltà di continuare a costruire il discorso intorno alla sovranità territoriale in analogia con il diritto privato dopo la critica di Fricker alle tesi organiciste di Bluntschli e Gerber, successivamente riprese da Laband<sup>(37)</sup>. La relazione tra cosa e proprietario era infatti completamente differente da quella tra territorio e Stato, aveva scritto Fricker. L'*imperium* non era una proiezione del concetto di *dominium* nel campo del diritto pubblico e quindi era profondamente erraneo considerare il territorio come una cosa sulla quale lo Stato possedesse un diritto reale. Se infatti il territorio era un elemento necessario dello Stato, non poteva essere al contempo anche un suo oggetto. Il territorio si identificava con lo Stato ed identificandosi con lo Stato qualificava spazialmente la sfera della sovranità statale e, al contempo, permetteva sia la sovrapposizione tra Stato e popolo, sia l'esercizio del suo *imperium* sulle persone che vivevano all'interno dei suoi confini<sup>(38)</sup>.

Liberarsi dalle comodità assicurate dalla proiezione analogica delle categorie privatistiche nel diritto pubblico, però, non era facile.

---

<sup>(36)</sup> ROMANO, *I diritti pubblici subiettivi*, cit., p. 130.

<sup>(37)</sup> Carl Victor VON FRICKER, *Vom Staatsgebiet*, Tübingen, Ludwig Friedrich Fues, 1867, p. 17 e ss.; Carl Friedrich GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1865, p. 66; Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, Beck, 1868, p. 164; Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (1876-82), Tübingen, Mohr, 4 Bd., 1911<sup>5</sup>, p. 164. Sul rapporto Stato territorio in Santi Romano, v. Marcello MONTANARI, *La politica tra spazio e immaginario*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 363-378; e soprattutto Alessandra Di MARTINO, *Il territorio dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 191-194.

<sup>(38)</sup> Di MARTINO, *Il territorio dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, cit., pp. 191-194.

La maggior parte degli internazionalisti tedeschi e italiani, infatti, escluse che il territorio potesse essere considerato un elemento costitutivo dello Stato ed immaginò che fosse oggetto di un diritto reale da parte dello Stato e sottoposto esclusivamente al suo potere <sup>(39)</sup>. Lo stesso Romano del resto, pur ritenendo che l'esistenza di un diritto reale pubblicistico dello Stato sul suo territorio fosse il cascame di lontani tempi feudali, non riusciva a non qualificare il diritto dello Stato sui beni pubblici, cioè quello che era per lui l'esempio più fulgido di diritti pubblici patrimoniali, come un « diritto di proprietà sui generis » disciplinato da norme di diritto pubblico <sup>(40)</sup>. Alla fine dell'Ottocento non era semplice infatti definire i confini tra pubblico e privato e il percorso su cui si avventurava il giurista siciliano era ancora poco battuto dalla scienza giuridica <sup>(41)</sup>. Tuttavia, già nel 1897, Romano aveva chiara sia l'impossibilità di limitare la dimensione patrimoniale al solo diritto privato, sia la necessità di ricorrere al diritto amministrativo per regolare le attività sociali ed economiche di uno Stato che agisce direttamente tramite i suoi apparati senza privarsi del suo potere sovrano. Si tratta, come ha ben evidenziato Maurizio Fioravanti già molti anni fa, di una nuova forma di Stato di diritto non più vincolato al primato della legge e della giurisdizione, e di un nuovo diritto amministrativo cui affidare la definizione della sua struttura formale <sup>(42)</sup>.

Torniamo, però al rapporto tra Stato e territorio, solo accennato nel saggio sui diritti pubblici soggettivi, ma al centro di due brevi articoli pubblicati tra il 1898 e il 1902 che prendono come spunto gli *Staatsfragmente* di Jellinek e il *Gebiet und Gebietshoheit* di Fricker <sup>(43)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Un'attenta ricognizione del dibattito ivi, p. 213 e ss.

<sup>(40)</sup> ROMANO, *I diritti pubblici subiettivi*, cit., p. 131.

<sup>(41)</sup> Cfr. ora Bernardo SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 123-137.

<sup>(42)</sup> Maurizio FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 311-346. Rimangono fondamentali i saggi di Sabino Cassese raccolti in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974.

<sup>(43)</sup> Santi ROMANO, *Sui cosiddetti « Staatsfragmente »* (1897) e ID., *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato* (1902), in ID., *Scritti minori*, a cura di

Criticato da Romano per non aver preso in considerazione la categoria del diritto pubblico patrimoniale, Jellinek nel *System der subjektiven öffentlichen Rechte* aveva escluso che il potere governamentale dello Stato sul suo territorio fosse costruito sulla base di un modello privatistico. Tuttavia anche egli aveva dovuto concedere che continuasse ad esserci « una certa analogia » con i diritti reali nel caso cui uno Stato avesse ceduto il proprio territorio o costituito in favore di altri Stati delle servitù territoriali <sup>(44)</sup>.

Quattro anni più tardi Jellinek era convinto che la comprensione giuridica della realtà, la sussunzione dei nuovi fatti politici e sociali all'interno del diritto sarebbe stata possibile solo se i giuristi avessero assunto la consapevolezza dei limiti dei concetti di sovranità e Stato. Ciò non solo gli permetteva di abbandonare i riferimenti al diritto privato, ma anche di escludere che l'assenza del requisito più importante della statualità, appunto il potere sovrano, condannasse necessariamente la formazione politica che ne era priva all'interno di semplici enti amministrativi.

La sovranità era ormai solo « una categoria storica necessaria per la comprensione del sistema statale contemporaneo, e non dello Stato in sé ». Essa era, dunque, inservibile per cogliere la giuridicità di una serie di formazioni politiche che sfuggivano alle classificazioni offerte dal diritto pubblico. Tra lo Stato e gli enti amministrativi esistevano soggettività politiche diverse, non sovrane perché subordinate, ma dotate di territorio e sudditi propri e di forme più o meno ampie di autonomia amministrativa, legislativa e giurisdizionale. Liberare il proprio sguardo da « preconetti dottrinari », avrebbe permesso ai giuristi, continuava Jellinek, di accorgersi della loro esistenza e di evitare l'errore comune di ricondurli all'interno della categoria degli enti amministrativi.

Jellinek ne tradusse l'ambiguità ricorrendo all'espressione *Staatsfragmente* <sup>(45)</sup>.

Si trattava di una nuova categoria estremamente flessibile in

---

Guido Zanobini, vol. 1, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, rispettivamente pp. 51-58; 203-216.

<sup>(44)</sup> JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. XXX.

<sup>(45)</sup> Georg JELLINEK, *Über Staatsfragmente*, Heidelberg, Koester, 1896, p. 11. Il testo confluisce poi nell'*Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring, 1900.

grado di includere tutte quelle formazioni politiche che non potevano definirsi Stato pur avendone alcune caratteristiche, né circoscrizioni amministrative pur essendo sottoposte ad una autorità superiore.

Vi rientravano, tra gli altri, alcuni territori formalmente appartenenti all'impero ottomano, ma sottratti all'esercizio della sua piena sovranità, paesi dallo status ambiguo come la Croazia o la Finlandia, colonie britanniche come il Canada ed infine i possedimenti coloniali tedeschi. Gli *Schutzgebiete* erano, infatti, sottoposti alla sovranità territoriale dell'impero, ma non erano territorio dell'impero. Per il diritto costituzionale essi potevano essere equiparati ad uno Stato straniero e come tali avevano territorio e sudditi propri. Dal punto di vista giusinternazionalistico, invece, erano invece privi di soggettività statale e mero oggetto del potere governamentale del *Reich*. Più corretto quindi, per Jellinek, forgiare per loro una nuova categoria, aprendo il discorso giuridico alla mutevolezza della realtà storica <sup>(46)</sup>.

Santi Romano colse subito l'importanza del testo di Jellinek, condividendone sia l'analisi spietata dei limiti della dogmatica giurpubblicista, sia l'ansia di classificare i nuovi « fenomeni della vita statuale contemporanea » <sup>(47)</sup>. Ma ancora una volta le geniali riflessioni di Jellinek presentavano, a suo avviso, dei limiti insuperabili. Da una prospettiva italiana, infatti, le conseguenze cui conduceva l'applicazione della teoria degli *Staatsfragmente* apparivano a Romano estremamente destabilizzanti. In un paese traumatizzato dalla disfatta militare in Etiopia e allo stesso tempo impegnato a rifondare la propria ideologia coloniale su quella disfatta, non sarebbe stato facile accettare che la colonia Eritrea potesse essere ridotta ad un semplice frammento di Stato. Era quindi una soluzione paradossale, giuridicamente inaccettabile, affermare che i possedimenti coloniali avessero un'esistenza istituzionale autonoma rispetto quella della madre patria. Il territorio coloniale non era diverso da quello metropolitano perché su di esso si esercitava un'unica sovranità e

---

<sup>(46)</sup> Analizzo la riflessione di Jellinek anche in Luigi NUZZO, *Autonomia e diritto internazionale. Una prospettiva storico giuridica*, in « Quaderni fiorentini », 43 (2014), p. 685 e ss.

<sup>(47)</sup> ROMANO, *Sui cosiddetti « Staatsfragmente »*, cit., p. 51.

perché unica era la nozione di sudditanza che qualificava i suoi abitanti. Attraverso il territorio, quindi, i due concetti potevano interagire l'uno con l'altro e così trasformare lo stesso territorio in un nuovo spazio sociale. L'esercizio di un potere sovrano giustificava il carattere statale dei possedimenti coloniali e determinava la nazionalità di tutti i sudditi, senza che fosse necessario ricorrere a finzioni dogmatiche. Immaginare che territorio, sudditi e sovranità fossero « tre lati di un unico concetto », rendeva possibile definire l'Eritrea « una parte integrante del territorio dello Stato, anzi dello Stato italiano » e italiani coloro che vi abitavano <sup>(48)</sup>. L'identità territoriale, in altri termini, agendo come minimo comun denominatore, permetteva di tenere insieme ordinamenti giuridici diversi in cui si muovevano soggetti diversi con diritti civili e politici propri. Allo stesso tempo rendeva inevitabile considerare anche il territorio coloniale un elemento essenziale dello Stato sul quale quest'ultimo esercitava un diritto sulla propria persona. Stretto tra l'insuperabile specialità dell'ordinamento coloniale e l'irrinunciabile omogeneità del territorio statale, Romano cercò una via d'uscita, immaginando che la specialità coloniale dipendesse dallo stato di perpetua provvisorietà in cui si trovava l'Eritrea. « La posizione giuridica della nostra colonia — scriveva — è quella di un territorio annesso all'Italia, ma in cui non siano state promulgate le leggi generali italiane ». Una situazione simile a quella in cui si erano trovate il Veneto e Roma prima dell'annessione, ma non altrettanto provvisoria. L'Eritrea, al contrario, si trovava in una provvisorietà senza fine, « destinata a perpetuarsi perché fondata su profonde differenze razziali e culturali il cui superamento non era prevedibile. Esse rendevano « un ideale certo irraggiungibile » la riunione dell'ordinamento coloniale con quello metropolitano <sup>(49)</sup>.

Il governo Crispi, del resto, aveva accentuato, con il decreto del primo gennaio del 1890 sull'unificazione dei possedimenti d'Oltremare nella colonia Eritrea, il carattere di specialità che caratterizzava, sin dalla legge su Assab del 1882, l'ordinamento coloniale

---

<sup>(48)</sup> Ivi, p. 54.

<sup>(49)</sup> *Ibidem*.

italiano<sup>(50)</sup>. Lo stesso Crispi, intervenendo alla Camera in risposta ad una mozione presentata da Luigi Ferrari, che chiedeva, in applicazione dell'art. 5 dello Statuto albertino, di sottoporre il decreto all'approvazione del parlamento e contestualmente stigmatizzava il comportamento tenuto dal Governo nella stipula del Trattato di Ucciali, escluse con forza la competenza del parlamento stesso. Secondo Crispi i territori coloniali, sebbene sottoposti al potere di imperio italiano, non appartenevano al territorio nazionale e dunque i relativi trattati d'acquisto, non comportando formalmente un aumento territoriale, non richiedevano l'assenso delle Camere<sup>(51)</sup>. In un discorso in cui si potevano riconoscere chiari

---

<sup>(50)</sup> Il decreto reale 1.1.1890 n. 6592 è pubblicato da Angiolo MORI, *Manuale di legislazione della colonia Eritrea*, vol. 2, Roma, L'Universelle imprimerie polyglotte, 1914, p. 5. Come è noto già la *Legge concernente i provvedimenti per Assab*, 5.7.1882, n. 857, art. 3, in *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno d'Italia*, vol. 66, Roma, Stamperia Reale, 1882, pp. 2245-50, aveva limitato l'applicazione di codici e leggi nazionali solo ai cittadini italiani « quanto ai rapporti di cittadinanza, di famiglia e di stato civile, alle successioni, e generalmente in tutto quello a cui non sia derogato dalle speciali norme legislative ed amministrative emanate per la colonia di Assab »; e aveva attribuito al ministero degli esteri la facoltà, sia di emanare i provvedimenti più opportuni in relazione alle specifiche condizioni locali sia di adattare le leggi già esistenti attraverso il richiamo all'antica categoria dell'esperienza come criterio per la regolamentazione dei conflitti. Una storia della colonia Eritrea in Isabella ROSONI, *La Colonia Eritrea. La prima amministrazione coloniale italiana (1880-1912)*, Macerata, Eum, 2006.

<sup>(51)</sup> L'art. 5 dello Statuto albertino stabiliva: « Al re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il capo supremo dello Stato; comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra; fa i trattati di pace, di alleanza, di commercio e di altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettono ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazioni territoriali dello Stato non avranno effetto se non dopo aver ottenuto l'assenso delle Camere » (<http://www.dircost.unito.it/cs/docs/albertino1848.htm>). L'intervento di Luigi Ferrari si può leggere in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, Legislatura XVI, Sessione 1889-1890, Discussioni, tornata del 5 marzo 1890*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1890, pp. 1520-24. Il giorno seguente, nel corso del prosieguo del dibattito, intervenne Crispi, ivi, tornata del 6 marzo, pp. 1562-66. Cfr. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, cit., pp. 84-85; COSTA, *Il fardello della civilizzazione*, cit., pp. 195-196. Una puntuale ricostruzione in Mario CARAVALE, *Prerogativa regia e competenza parlamentare in politica estera: l'interpretazione dell'art. 5 dello statuto albertino*, in « Storia e politica », 16 (1978), 3, pp. 404-47; e Fernanda BRUNO, *Il parlamento italiano e i trattati internazionali. Statuto albertino e costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 72 e ss.

riferimenti al principio di nazionalità di Mancini, declinato in chiave coloniale, e suggestioni proprie della dottrina tedesca, Crispi rivendicava l'extrastatutorietà delle colonie e ne affidava l'amministrazione all'esecutivo (<sup>52</sup>).

Riconosciuta la perpetua provvisorietà dell'ordinamento coloniale italiano, anche Romano, al pari Crispi, ne sottolineava la specialità e conseguentemente negava l'applicabilità dello Statuto fuori dai confini metropolitani. Nel saggio sugli *Staatsfragmente*, tuttavia, evitava qualunque riferimento al dibattito in corso sull'applicazione dell'art. 5 dello Statuto, ingenerando quasi il sospetto che sostenere la tesi dell'identità giuridica tra territorio metropolitano e territorio coloniale rendesse arduo escludere l'intervento del parlamento quando la stipula di un trattato avesse prodotto una variazione del territorio coloniale o avesse comportato nuovi oneri finanziari.

In realtà Romano era ben consapevole del problema e della sua rilevanza più generale all'interno del processo di trasformazione delle forme e delle strutture dello Stato liberale. In un lungo saggio pubblicato sempre nel 1898 e dedicato alle leggi di approvazione, il giurista siciliano, partendo da una critica delle tesi di Paul Laband sulla legge di bilancio, analizzò anche la natura degli atti di approvazione parlamentare dei trattati internazionali (<sup>53</sup>). Non si trattava di una questione puramente teorica. Al contrario metterne a fuoco

---

(<sup>52</sup>) Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, Legislatura XVI, Sessione 1889-1890, Discussioni, tornata del 6 marzo 1890, cit., pp. 1562-1566. L'interpretazione di Crispi si discostava nettamente sia dalla dottrina costituzionalistica che aveva cercato di rileggere i rapporti tra esecutivo e parlamento attribuendo carattere necessario all'assenso delle Camere per la validità internazionale del trattato o quantomeno per la sua esecuzione interna, sia, con diretto riferimento alla materia coloniale, dalla prassi introdotta da Mancini nel 1882 in sede di approvazione della Legge concernente i provvedimenti per Assab. Con riguardo alla politica coloniale di Mancini, v. Tullio SCOVAZZI, *Assab, Massaua, Uccielli, Adua. Gli strumenti giuridici del primo colonialismo italiano*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 51 e ss.; NUZZO, *Origini di una Scienza*, cit., p. 124 e ss.; Olindo DE NAPOLI, *Colonialismo e diritto pubblico: il superamento del paradigma manciniano*, in *Lontano vicino. Metropoli e colonie nella costruzione dello Stato nazionale italiano*, a cura di Gianluca Bascherini, Giovanni Ruocco, Napoli, Jovene, 2016, pp. 65-82.

(<sup>53</sup>) Santi ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), in *Id., Scritti minori*, cit., vol. 1, pp. 58-113. La centralità di questo saggio nella riflessione

la natura permetteva di ridefinire i rapporti tra organi costituzionali dello Stato, affermando la centralità dell'amministrazione e riconoscendogli un potere e una competenza che preesistevano ai provvedimenti di autorizzazione o approvazione del parlamento. Nel caso dei trattati internazionali l'autorità competente era esclusivamente il Re. La legge di approvazione era espressione della « funzione ispettiva » del parlamento e dunque rientrava « solo formalmente nel campo della funzione legislativa »<sup>(54)</sup>. Tale legge, quindi, non incidava sul processo di formazione della volontà negoziale dello Stato, né modificava la natura dell'atto approvato, ma rimaneva del tutto estranea ad esso, non configurando la sua assenza un vizio di nullità assoluta o relativa del trattato. Il momento conclusivo dell'accordo era la ratifica del re e la sua entrata in vigore coincideva con lo scambio delle ratifiche stesse. L'approvazione era invece una semplice condizione sospensiva alla quale non era subordinata non la validità del trattato, ma solo i provvedimenti esecutivi emanati dalla Corona per adeguare l'ordinamento interno alle nuove disposizioni introdotte con il trattato<sup>(55)</sup>. Atto approvato e legge di appropriazione dovevano quindi porsi su due piani completamente distinti. Ogni confusione appariva a Romano ormai assolutamente inammissibile. Riflessioni giuridiche, argomentazioni storiche e ragioni politiche giustificavano la profonda compressione dell'attività amministrativa del parlamento e ne limitavano l'ambito di esplicazione all'emanazione di sole leggi di approvazione. Sotto lo sguardo impietoso di Romano le Camere avevano perso la loro originaria funzione di indirizzo ed erano chiamate ad esercitare un'attività politica di controllo su atti non solo legittimamente emanati dalla pubblica amministrazione, ma anche pienamente efficaci<sup>(56)</sup>. Senza incrinare la cornice istituzionale e sottrarre al parlamento l'approvazione di trattati che avessero oggetto variazioni di territorio ancorché coloniale, Romano ne svuotava dall'interno competenze e

---

romana è stata sottolineata da FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo*, cit., pp. 328-331.

<sup>(54)</sup> ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, cit., p. 69.

<sup>(55)</sup> Ivi, pp. 79-80; CARVALE, *Prerogativa regia e competenza parlamentare*, cit., p. 433.

<sup>(56)</sup> ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, cit., pp. 79-80.

funzioni, superando elegantemente la contraddizione cui conduceva la tesi, da lui sostenuta nel 1898 nel saggio sugli *Staatsfragmente*, di un'unicità dello spazio territoriale nazionale. Allo stesso tempo conseguiva anche il risultato di rendere irrilevante, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 dello Statuto, qualunque riflessione sulla qualifica o collocazione geografica del territorio acquistato. L'intervento del parlamento non presupponeva infatti il riconoscimento dell'identità tra territorio coloniale e metropolitano, né tuttavia poteva essere escluso in ragione della extrastatutorietà delle colonia e della diversa natura del suo territorio, così come aveva sostenuto Crispi nell'intervento alle Camere del marzo 1890.

Nel 1902, tuttavia, ispirato dalla pubblicazione della *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek e dal *Gebiet und Gebietshoheit* di Fricker, Romano ritornò ad affrontare il problema della natura giuridica del territorio dello Stato<sup>(57)</sup>. Per Jellinek il territorio rendeva, in quanto ambito spaziale dello Stato, membri dello Stato le persone che vi risiedevano e permetteva, per il suo tramite, l'esercizio di un potere di imperio esclusivo su di esse. A questa regola, per Jellinek, non c'erano eccezioni se non « apparenti ». Anche nell'ambito del diritto internazionale, nei casi limite dei condomini, dei *settlements* o delle cessioni in amministrazione, non veniva mai meno l'unicità del potere dello stato. Ogni compressione della propria sovranità poteva essere ricondotta, infatti, sempre ad un atto bilaterale o unilaterale con cui si accettava consensualmente che altri soggetti statali esercitassero poteri governamentali sul suo territorio<sup>(58)</sup>. Ciò che era in ballo in ogni caso non era la proprietà di un oggetto, ma l'esistenza stessa dello Stato, per cui ogni violazione del territorio produceva una lesione della sua personalità. Se quindi non poteva esserci dominio personale senza un dominio territoriale, il territorio poteva essere definito come la « dingliche Grundlagen » del potere d'imperio di uno Stato e il diritto dello Stato sul territorio non era altro che il riflesso del suo potere di

---

(57) Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1919<sup>3</sup>, pp. 395-396; Carl Victor von FRICKER, *Gebiet und Gebietshoheit*, Tübingen, Laupp, 1901, pp. 56-61. Con questo testo Fricker rispondeva alle critiche che erano giunte al suo precedente lavoro *Vom Staatsgebiete*. ROMANO, *Osservazioni*, cit., pp. 204-215.

(58) JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 395-396.

dominio sulle persone. Era cioè un « Reflexrecht, kein Recht im subjektiven Sinne » (59).

Ad un lettore di Jellinek attento come Romano, apparve subito chiara la contraddizione logica che presentava la sua ricostruzione teorica. Sebbene il principale bersaglio delle critiche di Romano fossero ovviamente Laband e Gerber, egli non mancò di sottolineare che il ricorso all'idea di riflessività era dovuto all'incapacità di giustificare il diritto dello Stato a difendere l'integrità del proprio territorio o ad introdurre modificazioni senza trovare rifugio nella vecchia categoria dei diritti reali (60). Per Santi Romano, invece, il diritto dello Stato sul territorio era un vero e proprio diritto sulla propria persona e non una semplice riproposizione in chiave pubblicistica del rapporto di *dominium* tra un soggetto proprietario e un oggetto suscettibile di appropriazione, né poteva corrispondere altrettanto semplicisticamente al diritto di sovranità che ogni Stato vantava sul proprio territorio. Il territorio era, come aveva colto Fricker sin dal 1867, un elemento essenziale, intrinseco dello Stato, ne fondava l'esistenza e si identificava con esso. Il diritto che lo Stato vantava sul proprio territorio, quindi, non era un diritto reale di proprietà, ma piuttosto un « diritto speciale », « assoluto » di natura soggettiva esercitato sulla propria persona (61).

Oltremare, però, quest'identificazione si spezzava e il rapporto tra Stato e territorio ritornava ad essere, in analogia con il diritto privato, « un dominio esclusivo e totale di un soggetto su una cosa materiale » (62). « La manifesta diversità di condizione giuridica in cui una Colonia si trova rispetto la Madrepatria — scrive Santi Romano — ha qui il suo fondamento: mentre la Signoria dello Stato nel territorio vero e proprio riposa su di un diritto sul territorio, che è un diritto sulla propria persona, la Signoria nella colonie ha come

---

(59) Ivi, p. 401. Per le ricadute italiane v. Mario CARVALE, *La lettura italiana della teoria dei diritti riflessi*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 7 (2016), pp. 215-248.

(60) LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., Bd. 1, p. 166 e ss.; p. 193 e ss.; GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., p. 142 e ss.; ROMANO, *Osservazioni*, cit., pp. 209-210.

(61) ROMANO, *Osservazioni*, cit., p. 212.

(62) La definizione è di Laband che ROMANO, *Osservazioni*, cit., p. 204, cita dall'edizione francese del 1900; sul punto v. sempre COSTA, *Il fardello della civilizzazione*, cit., pp. 195-199.

fondamento un diritto reale pubblico sul territorio coloniale» (63) L'omogeneità, l'unitarietà e l'indivisibilità dello spazio territoriale metropolitano si contrapponevano in modo insuperabile alla frammentarietà, alla molteplicità e alla diversità dei possedimenti coloniali. La profonda alterità dei luoghi e delle persone impediva che le colonie fossero parte del « territorio nazionale », le confinava nella categoria sfuggente degli « aggregati », delle « appendici », dei « frammenti » o delle « pertinenze » del territorio statale e le rendeva oggetto di un diritto reale di natura pubblicistica.

La tesi di Romano rimase minoritaria (64).

Ancora incapaci di dare forma sistematica al diritto internazionale senza ricorrere a modelli giusprivatistici e impegnati nel processo di costruzione dello Stato da una prospettiva organicista, i fondatori e i primi grandi protagonisti della nuova scienza del diritto internazionale avevano visto nella sovranità la proiezione pubblicistica del diritto di proprietà e avevano attribuito allo Stato un pieno ed esclusivo *dominium* sul territorio (65). Verso la fine del secolo l'affermarsi del paradigma giuspositivistico rafforzò questa linea interpretativa, condizionando anche la lettura dei giuristi pubblicisti e internazionalisti italiani (66). Non stupisce quindi leggere nello stesso numero dell'Archivio di diritto pubblico che ospitava le osservazioni di Romano, un articolo del costituzionalista napoletano Ugo Forti con cui si sottoponeva ad una critica incisiva la teoria del maestro palermitano (67). Forti evidenziava, innanzitutto, la paradossalità di un rapporto in cui l'oggetto è un elemento costitutivo del soggetto e derubricava l'essenzialità del territorio qualificandolo un semplice presupposto di un rapporto giuridico tra Stato e cittadino. Il territorio, dunque, svolgeva una funzione di limite nei confronti dell'esercizio del potere sovrano dello Stato sui sudditi e per il loro

---

(63) ROMANO, *Osservazioni*, cit., p. 214.

(64) COSTA, *Il fardello della civilizzazione*, cit., p. 198.

(65) LUIGI NUZZO, *Diritto e colonialismo tedesco in Cina: una storia europea*, in « Storica », 76 (2020), 1, p. 27.

(66) DE MARTINO, *Il territorio dallo Stato nazione alla globalizzazione*, cit., p. 213 e ss.

(67) UGO FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio* (1902), in ID., *Studi di diritto pubblico*, vol. 1, *Studi su la teoria generale dello Stato, gli statuti, le persone giuridiche, gli atti amministrativi*, Roma, ed. Foro Italiano, 1937, pp. 197-222.

tramite arrivava a regolare anche i rapporti che quest'ultimi intrattenevano con le cose.

Ciò significava che lo Stato riacquistava un diritto sul territorio solo all'interno dei rapporti interstatali, potendo disporne liberamente attraverso cessioni, concessioni, servitù, o, specularmente, opponendo l'esclusività del suo diritto su di esso ad ogni altro soggetto statale.

In altri termini, il territorio assolveva a funzioni diverse: sul piano internazionale, come *universitas*, cioè considerato nel suo insieme, soddisfaceva i bisogni dello Stato; sul piano del diritto pubblico e del diritto privato, invece, rilevando la singolarità di ogni porzione di territorio come specifica unità, esso era funzionale agli scopi del singolo proprietario o dello Stato stesso nel caso in cui si trattasse di beni demaniali. La possibilità che sulla medesima cosa potessero insistere due diritti qualitativamente diversi, spingeva Forti a recuperare l'immarcescibile categoria medievale del dominio eminente. Liberatasi nel corso del tempo da ogni valenza patrimoniale di origine feudale e da ogni residuo « di superiorità gerarchica » verso i diritti dei singoli, essa permetteva, per il giurista napoletano, di recuperare un'idea di appartenenza (e di realtà) che consentiva di affermare l'esclusività del diritto dello Stato sul suo territorio.

Donato Donati, con maggiore consapevolezza teorica, attraverso la lezione di Paul Heilborn e Heinrich Triepel, perfezionò, alcuni anni dopo, la rappresentazione del territorio come oggetto di un diritto reale dello Stato. Distinti per soggetti e fonti, il diritto internazionale e il diritto interno costituivano in maniera autonoma il loro rapporto con lo spazio territoriale, superando definitivamente ogni incompatibilità tra l'esercizio di poteri di imperio da parte dello Stato e il diritto di proprietà dei privati <sup>(68)</sup>.

Forti non era arrivato ad immaginare l'esistenza di due autonomi ordinamenti giuridici, tuttavia il ricorso alla categoria del dominio eminente gli consentiva di chiarire meglio alcuni punti della

---

(68) Donato DONATI, *Stato e territorio*, Roma, Atheneum, 1924, p. 59. Paul HEILBORN, *Das System des Völkerrecht*, Berlin, 1896. Il testo di Heinrich TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht* fu tradotto da Giulio Cesare Buzzati nel 1913. V. sempre Di MARTINO, *Il territorio dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, cit., pp. 213-220.

sua tesi. Perseguire scopi diversi in relazione al diverso circuito normativo, nazionale o internazionale, permetteva infatti allo Stato di esercitare due diversi diritti reali: il primo sullo spazio territoriale nazionale in grado di escludere altri Stati e il secondo sui beni immobili privati o demaniali in grado di comprimere i diritti proprietari dei cittadini. Non solo, sul presupposto che i territori coloniali fossero « contemporaneamente in gran parte demaniali », il giurista napoletano arrivava a negare qualunque differenza tra metropoli e colonia. Romano non aveva torto, concedeva Forti, nel sottolineare l'indispensabilità del solo territorio metropolitano, ma essa, come del resto le differenti finalità dell'esercizio dei poteri di imperio di cui lo Stato godeva su i due territori, non era in grado di modificare la natura di quel diritto <sup>(69)</sup>.

### 3. *Intermezzo cinese.*

Anche le riflessioni di Forti, come quelle di Romano e dei molti altri giuristi che parteciparono al dibattito sul rapporto tra Stato e territorio, non si arrestarono ai confini metropolitani. Agli inizi del Novecento infatti, anche per i giuristi italiani le proiezioni coloniali sulla natura del diritto dello Stato su i suoi territori e ancor prima la possibilità che uno Stato potesse trasferire parte dei suoi poteri di imperio, costituendo servitù internazionali e condomini o cedendo ampie porzioni del suo spazio territoriale attraverso concessioni in amministrazione e in affitto, non era più un problema teorico.

Nello stesso anno in cui i due pubblicisti pubblicavano i loro lavori sull'Archivio di diritto pubblico, l'Italia stipulò un accordo con l'Impero Cinese con cui otteneva, « in perpetuità, come concessione » e dietro il pagamento di un canone annuo, il territorio che aveva materialmente occupato nel corso delle operazioni di polizia internazionale a difesa delle legazioni occidentali di Pechino. La rivolta nazionalista e anti occidentale dei Boxer aveva offerto all'Italia l'occasione lungamente attesa per conquistare nuovi spazi commerciali e per recuperare la rispettabilità coloniale che la sconfitta di Adua aveva gravemente incrinato. Nasceva « finalmente » a Tianjin

---

<sup>(69)</sup> FORTI, *Il diritto dello stato sul territorio*, cit., pp. 220-222.

una concessione italiana (70). Anche Russia, Austria, Belgio videro ricompensata la loro partecipazione alla guerra contro i Boxer, conquistando il loro spicchio di Cina lungo l'Hai River, mentre Francia, Inghilterra, Germania e Giappone, che in tempi diversi avevano già ottenuto l'apertura di proprie concessioni, ne ottennero l'allargamento (71).

Diverse per anno di fondazione, organizzazione amministrativa e grado di sviluppo, le nove concessioni erano costruite sulla base di un identico archetipo contrattuale che ricordava il *lease* inglese, ma escludeva qualunque limite temporale ed onere economico, ad eccezione del versamento di un canone di affitto annuo.

L'ambiguità giuridica di questi spazi eccitò la fantasia dei giuristi che provarono a rintracciare nell'area balcanica o in Africa ipotesi simili in cui proprietà e sovranità si sovrapponevano e in cui la compressione del potere di imperio di uno Stato fosse affidata alle categorie del diritto privato o a modelli giuridici propri dello Stato patrimoniale (72). Per i giuspubblicisti e gli internazionalisti più sensibili, tuttavia, non si era di fronte ad una banale violazione del diritto internazionale o ad una semplice eccezione rispetto al diritto internazionale occidentale. Al contrario dalla Cina arrivavano segnali di una forte energia che imponeva loro di dare forma giuridica alle nuove esigenze della vita sociale. In Germania se ne fece carico ancora una volta Georg Jellinek che in due articoli pubblicati sul *Deutsche Juristen-Zeitung* avviò un'importante riflessione sul ruolo

---

(70) L'accordo fu firmato il 7 giugno 1902 dal conte Gallina, ministro plenipotenziario in Cina, e da Tang Shaoyi, Taotai delle dogane marittime; cfr. Archivio storico del Ministero degli Esteri, Serie P, pos. 86/37, pac. 426 (1902). Cfr. Luigi NUZZO, *Italiani in Cina*, in *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di Aldo Mazzacane, Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 251-281. Solo recentemente la concessione italiana è tornata ad essere oggetto dell'interesse degli storici, cfr. Maurizio Marinelli, di cui vedi almeno *The Genesis of the Italian Concession in Tianjin: a Combination of Wishful Thinking and Realpolitik*, in «Journal of Modern Italian Studies», 15 (2010), 4, pp. 536-566 e Aglaia DE ANGELI, *Italian Auctions in Tianjin: Italian Colonialism in Early Twentieth Century China*, ivi, pp. 557-572.

(71) Si deve ricordare che anche gli Stati Uniti ebbero fino al 1902 una loro concessione. Per una comparazione tra la concessione inglese, francese e statunitense v. Luigi NUZZO, *Quel che resta della sovranità: concessioni e governo del territorio a Tianjin*, in «Giornale di Storia Costituzionale», 2 (2017), 2, pp. 211-240 e bibliografia ivi citata.

(72) NUZZO, *Diritto e colonialismo tedesco in Cina*, cit., pp. 8-60.

della Cina nel consesso internazionale e sul significato giuridico del *Pachtvertrag* di novantanove anni con cui il *Reich* aveva acquisito nel 1898 la baia di Jiaozhou nello Shandong<sup>(73)</sup>. Anche in questo caso non vi era stata una formale cessione territoriale, né un trasferimento definitivo di sovranità. La Cina per Jellinek conservava il *nudum ius*<sup>(74)</sup>. « Per prevenire ogni conflitto », si era ‘solo’ impegnata a non esercitare i propri diritti di sovranità, trasferendoli alla Germania limitatamente alla durata del contratto e, al fine di garantirli nel modo migliore, aveva costituito sia una fascia di protezione che circondava per un raggio di 50 chilometri la baia, sia strisce territoriali destinate all'estrazione mineraria e larghe circa sei chilometri, lungo due linee ferroviarie la cui costruzione era stata concessa dalla Cina con lo stesso contratto d'affitto<sup>(75)</sup>.

Rivisto da una prospettiva cinese il rapporto Stato-territorio assumeva una luce diversa e mostrava i limiti del vecchio dogma dell'unità ed indivisibilità del potere sovrano, rendendo difficile anche per chi vedeva nel territorio un elemento essenziale dello Stato negare che ci si trovasse di fronte al trasferimento di un diritto reale. Non era questo il caso di Fricker, per il quale, invece, il medesimo risultato si sarebbe potuto ottenere senza introdurre nel diritto internazionale un concetto così destabilizzante come quello

---

<sup>(73)</sup> Il *Pachtvertrag* del 6 marzo del 1898 con cui la Cina cedeva al *Reich* tedesco la baia di Jiaozhou per novantanove anni e il decreto del Kaiser del 27 aprile 1898 con cui diventava uno *Schutzgebiete* sono editi in *Handbuch für das Schutzgebiet Kiautschou*, hrsg. von Friedrich Wilhelm Mohr, Tsingtau, Walter Schmidt, 1911, pp. 1-6. Georg JELLINEK, *Die staats- und völkerrechtliche Stellung Kiautschous*, in « Deutsche Juristenzeitung », 15.6.1898; Id., *China und das Völkerrecht*, in « Deutsche Juristenzeitung », 1.10.1900, entrambi ripubblicati in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, B. 2, Berlin, Häring, 1911, rispettivamente pp. 496-507 e pp. 487-495. V. NUZZO, *Diritto e colonialismo tedesco in Cina*, cit., pp. 12-29. Sulla presenza tedesca a Jiaozhou rimane fondamentale Klaus MÜHLHAHN, *Herrschaft und Widerstand in der "Musterkolonie" Kiautschou. Interaktionen zwischen China und Deutschland, 1897-1914*, München, Oldenbourg, 2000.

<sup>(74)</sup> JELLINEK, *Die staats- und völkerrechtliche Stellung Kiautschous*, cit., p. 498. Così LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., B. 2, p. 281; Friedrich SCHACK, *Das deutsche Kolonialrecht in seiner Entwicklung bis zum Weltkrieg. Die allgemeinen Lehren. Eine berichtende Darstellung der Theorie und Praxis nebst kritischen Bemerkungen*, Hamburg, Friederichsen & Co, 1923, p. 248.

<sup>(75)</sup> *Vertrag zwischen Deutschland und China*, 6.3.1898, II. Teil art. 1.

di realtà. « Il diritto all'esercizio di un potere sovrano (*Hobheit*) sul territorio di uno Stato straniero o la limitazione di un altro Stato nell'esercizio della sua sovranità territoriale (*Gebietshoheit*) non dimostra — scriveva Fricker — la realtà di questo diritto »<sup>(76)</sup>. Tali diritti discendevano infatti da obbligazioni contrattuali legittimamente assunte da due Stati sovrani. Accettare una compressione del proprio potere governamentale, restringendo l'ambito spaziale del suo esercizio attraverso un contratto era « indegno » per uno Stato, ma non si trattava di un'operazione illecita in quanto era espressione della sovranità dello stato stesso<sup>(77)</sup>.

Le tesi di Fricker, come abbiamo detto, non ebbero grande seguito tra gli internazionalisti europei<sup>(78)</sup>. Anche coloro che rifiutavano di costruire nelle forme del diritto privato il rapporto Stato — territorio, trovarono infatti estremamente vantaggioso ricondurre le più diverse compressioni del potere sovrano di uno Stato sul proprio territorio ad una categoria flessibile in grado di assorbire al suo interno le concessioni di linee ferroviari o telegrafiche, i depositi di carbone, i passaggi e gli stazionamenti di truppe, i condomini, le concessioni in amministrazione e in affitto, i *settlements* o infine i territori neutralizzati.

Lo stesso Jellinek, infatti, nonostante nella *Allgemeine Staatslehre* avesse sottolineato con forza i meriti di Fricker nel costruire il rapporto Stato-territorio al di fuori del diritto privato, non poté fare a meno di qualificare come *Staatsservitut* le limitazioni imposte alla Cina sulla fascia di cinquanta chilometri intorno alla baia di Jiaozhou o di far rientrare la stessa concessione nella figura del *lease*<sup>(79)</sup>. Mentre Liszt, forse il critico più severo dell'applicazione della categoria delle servitù nel diritto internazionale, per poter ribadire il carattere internazionale dell'accordo sino — tedesco del 1898 dovette ammettere che la forma contrattuale era stata scelta per mascherare una cessione dei diritti di sovranità senza

---

<sup>(76)</sup> FRICKER, *Gebiet und Gebietshoheit*, cit., p. 72.

<sup>(77)</sup> Ivi, p. 71.

<sup>(78)</sup> Un'importante eccezione è rappresentata da Franz von Liszt, *Völkerrecht systematisch dargestellt* (1898), Berlin, Häring, 1913<sup>9</sup>, p. 76.

<sup>(79)</sup> JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 405-406; v. anche p. 397. ID., *Die staats- und völkerrechtliche Stellung Kiautschous*, cit., p. 503.

ferire sia la sensibilità cinese, sia i desideri delle altre potenze, glissando completamente sulla natura del diritto esercitato dal *Reich* nei cinquanta chilometri che circondavano la baia <sup>(80)</sup>.

L'apertura di una concessione italiana a Tianjin rese non più rinviabile la questione anche per giuristi italiani. Tra il 1902 e il 1903 Enrico Catellani, l'internazionalista padovano che abbiamo incontrato nelle prime pagine di questo articolo, ricostruì in due informati volumi la storia politico diplomatica dei *settlements* e dei privilegi goduti dai cittadini occidentali in Estremo Oriente <sup>(81)</sup>. Negli anni successivi ritornò più volte ad occuparsene, rimaneggiando i lavori già svolti e seguendo gli sviluppi della concessione italiana <sup>(82)</sup>. Convinto che solo lo studio degli elementi politici, economici e storico-sociologici permettessero al diritto internazionale di leggere le trasformazioni della società internazionale, analizzò rapidamente le problematiche relative al rapporto tra sovranità e territorio e preferì soffermarsi sugli aspetti più legati al vecchio tema della extraterritorialità e della giurisprudenza consolare. Sostenne che l'Italia, come le altre potenze, non avesse acquistato la sovranità territoriale sull'area concessa, ma solo una « parziale delegazione di sovranità », la proprietà dei terreni e la giurisdizione sulla popolazione indigena che rimaneva però suddita dell'impero cinese <sup>(83)</sup>. Tuttavia, lo studio della natura giuridica dei *settlements*, delle

---

<sup>(80)</sup> LISZT, *Völkerrecht*, cit., p. 156.

<sup>(81)</sup> CATELLANI, I "settlement" europei e i privilegi degli stranieri nell'Estremo Oriente, cit. Sempre nel 1902 apparve nella rivista italiana di sociologia un suo articolo su *Formazione di gruppi municipali nell'Estremo Oriente contemporaneo*, pp. 1-38 (estratto, Roma, Tipografia degli Olmi, 1902).

<sup>(82)</sup> ENRICO CATELLANI, *Organizzazione e funzionamento del settlement italiano in Tientsin*, in *Secondo congresso degli italiani all'estero* (estratto), Roma, Tipografia editrice nazionale, 1911, pp. 1-19; ID., *I privilegi degli stranieri in Oriente e nell'Estremo Oriente: condizione attuale e tentativi di riforma*, in « Rivista di diritto internazionale », 9 (1915), pp. 3-22.

<sup>(83)</sup> CATELLANI, *La penetrazione straniera*, cit., p. 456. Sul punto la dottrina fu pressoché unanime. Santi Romano nel *Corso* escluse che tali concessioni potessero qualificare « alienazioni larvate di territorio » a causa della temporaneità della concessione, del permanere della sovranità a favore dello Stato cedente e dell'assenza invece per lo Stato cessionario di un qualunque diritto di natura reale sul territorio. Cfr. Santi ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1926, p. 175 e ss. Vedi anche Cajo ENRICO BALOSSINI, *Concessioni in Cina*, Firenze, Sansoni, 1934, pp. 74-76.

autonomie municipali costituite nelle singole concessioni e del loro percorso di trasformazione in ordinamenti coloniali in cui l'elemento territoriale fosse prevalente, rese inevitabile il confronto con Jellinek e il ricorso alla categoria degli *Staatsfragmente*. Anche i *settlements* infatti potevano essere considerati dei frammenti di Stato e, collocati in una posizione intermedia tra Stato e enti amministrativi, sarebbero potuti rientrare, secondo la classificazione immaginata dal pubblicista di Heidelberg nella sottocategoria dei « territori organizzati cui spetta, entro certi limiti, una qualche competenza autonoma circa i mutamenti del proprio ordinamento »<sup>(84)</sup>.

Non era facile liberarsi dalla presenza ingombrante di Jellinek non solo perché la sua teoria permetteva di dare esistenza istituzionale a soggettività politiche che pur prive di poteri sovrani, in quanto sottoposti ad un potere superiore, non potevano essere ridotti a semplici enti amministrativi, ma anche perché aveva affrontato con consapevolezza il problema dei limiti del concetto di sovranità e del concetto Stato ed era stato la prima star del diritto pubblico a studiare con grande attenzione la natura giuridica del contratto di affitto con cui la Cina aveva ceduto la baia di Jiaozhou alla Germania. Anche l'allievo di Catellani, Arrigo Cavaglieri, impegnato in un progetto di ricerca sui diritti fondamentali dello Stato, non poté evitare di utilizzare la prospettiva cinese per osservare il rapporto tra Stato e territorio, e di confrontarsi, tra il 1903 e il 1906, sia con l'interpretazione data dal giurista austriaco all'occupazione tedesca nello Shandong, sia con le diverse letture sulla natura di quel rapporto avanzate in Germania da Fricker, Jellinek, Liszt e in Italia da Romano e Forti<sup>(85)</sup>.

Cavaglieri riconosceva i meriti di Romano nel liberare la riflessione giuspubblicista da qualunque analogia con il diritto privato, rivendicando la natura personale della relazione Stato e terri-

---

<sup>(84)</sup> CATELLANI, *La penetrazione straniera*, cit., p. 415.

<sup>(85)</sup> ARRIGO CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale e alcune recenti concessioni di territori*, Verona, Manunzio, 1903; Id., *Il diritto internazionale e il rapporto tra Stato e territorio*, in « Archivio giuridico Filippo Serafini », 73 (1904), pp. 77-127; Id., *Contributo alla definizione di alcune figure del diritto pubblico contemporaneo*, Roma, Tipografia dell'unione cooperativa editrice (estratto da « Rivista di diritto internazionale », 1 (1906), 3), pp. 1-34.

torio e, conseguentemente, qualificando il diritto dello Stato come una manifestazione della sua personalità<sup>(86)</sup>. Gli internazionalisti, tuttavia, si lamentava Cavaglieri, erano ancora incapaci di superare le metafore organiciste cui si era fatto ricorso per definire la soggettività statale e di ripensare criticamente le conseguenze che seguivano a quella identificazione. Continuavano, quindi, a confondere, a differenza dei costituzionalisti, proprietà e sovranità e a non poter fare a meno dell'abusata categoria dei diritti reali. Allo stesso tempo i ritardi nell'adozione di un approccio positivistico conducevano quegli stessi giuristi a sovrapporre valutazione politiche e riflessioni giuridiche, non comprendendo non solo che l'osservazione della realtà politica e sociale doveva essere un continuo stimolo per pensare nuove categorie giuridiche quando quelle in uso non sembrassero più corrispondere ad essa, ma anche che politica e diritto rimanevano sempre su piani completamente diversi e che quindi le soluzioni formali immaginate dal discorso giuridico potevano nascondere una situazione politica differente<sup>(87)</sup>. Servitù internazionali, concessioni in amministrazione o in affitto ne erano un ottimo esempio. Ciò che era accaduto in Cina tra il 1898 e il 1901 e ancor prima in Bosnia e a Cipro dimostrava chiaramente che non c'era bisogno del diritto privato e delle sue categorie. Già, infatti, il trattato di Berlino del 1878 con cui si era chiuso la guerra russo-turca aveva offerto, secondo Cavaglieri, nuove occasioni per riflettere sui limiti del concetto di sovranità nella lettura del rapporto tra Stato e territorio<sup>(88)</sup>. Come è noto, a Berlino, la Bulgaria era divenuta un principato autonomo e tributario sottoposto alla *suzeraineté* della Porta, mentre Bosnia ed Erzegovina erano state cedute in amministrazione all'impero austro ungarico<sup>(89)</sup>. Sempre nel 1878

---

(86) CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale e il rapporto tra Stato e territorio*, cit., p. 94.

(87) CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale e alcune recenti concessioni di territori*, cit., p. 29; ID., *Contributo alla definizione di alcune figure del diritto pubblico contemporaneo*, cit., p. 1-5.

(88) CAVAGLIERI, *Contributo alla definizione di alcune figure del diritto pubblico contemporaneo*, cit., pp. 20-25.

(89) *Traité de Berlin*, 13.07.1878, art. 25, ed. Benoit Brunswik, *Le Traité de Berlin annoté et commenté*, Paris, Plon, 1878, p. 101. Con la Convenzione del 21.4.1879 — *Nouveau Recueil général de Traités*, ed. Georg Friederich von Martens, Charles

il sultano turco aveva consentito alla Gran Bretagna di « occupare e amministrare » l'isola di Cipro fintanto che la Russia non gli avesse restituito Batoum, Ardhan e Kars <sup>(90)</sup>. In entrambi i casi, dal punto di vista giuridico, non si era di fronte ad una vera e propria annessione, ma ad un affidamento provvisorio, dovuto al sussistere di determinate condizioni o necessità politiche, del solo esercizio dei diritti di sovranità della Turchia che formalmente ne rimaneva la legittima titolare <sup>(91)</sup>. In presenza di una cessione assoluta di tale esercizio e in una provvisorietà priva di ogni argine temporale, tuttavia, la sovranità turca su Cipro, Bosnia e Erzegovina diveniva un ricordo sfumato, svelando una distanza ormai non più colmabile tra il mondo dei fatti e il mondo del diritto e lasciando ai giuristi il compito di ripensare le vecchie categorie del diritto internazionale e di rileggere, in forme nuove e più adatte ai tempi, il rapporto tra spazio e diritto.

Anche in Cina, a Jiaozhou e a Tianjin, secondo Cavaglieri, non vi era stata una limitazione della sfera proprietaria, ma una chiara compressione del potere sovrano del Celeste impero sul suo territorio. Attraverso una convenzione internazionale si era data forma giuridica ad una situazione del tutto nuova in cui uno Stato delegava ad un altro l'esercizio della sua sovranità, senza mai arrivare, però, alla sua completa rinuncia. Almeno formalmente, infatti, ricondurre i diritti degli occupanti alla volontà di auto-obbligarsi manifestata dalla Cina nei diversi trattati lasciava acceso un barlume di sovranità cinese. La lunga durata degli affitti (o la loro perpetuità a Tianjin),

---

Samwer, Jules Hopf, deuxième série, t. 4, Gottingue, Dieterich, 1879, p. 422 — si precisò che l'occupazione non avrebbe pregiudicato il diritto di sovranità del Sultano. V. Lothar CLASSEN, *Der völkerrechtliche Status von Bosnien-Herzegowina dem Berliner Vertrag vom 13.7.1878*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004, in part. p. 64 e ss.

<sup>(90)</sup> *Convention d'alliance défensive entre la Grande-Bretagne et la Turquie*, Constantinople, 4.6.1878, art. 1, in « Archives Diplomatiques, Recueil international de diplomatie et de histoire, deuxième série », 23 (1882-1883), VI, p. 315. Cfr. *Le Traité de Berlin*, cit., pp. 122-124. La Convenzione anglo-turca del 1.7.1878 aveva il compito di precisare i limiti dell'occupazione inglese (sempre in « Archives Diplomatiques », ivi, pp. 315-16).

<sup>(91)</sup> V. per tutti Georg JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien, Alfred Hölder, 1882, pp. 115-119. Così anche CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale e alcune recenti concessioni di territori*, cit., pp. 16-22.

l'esproprio forzato della proprietà cinese, l'espulsione degli indigeni e il riconoscimento della piena giurisdizione della magistratura consolare sembravano rompere irreparabilmente il rapporto tra Stato e territorio, perfezionando la cessione e creando veri e propri diritti territoriali in favore delle potenze occupanti, ma il dato caratterizzante rimaneva la provvisorietà o la revocabilità delle concessioni <sup>(92)</sup>.

Il problema che queste strane concessioni di territori ponevano, dunque, era un altro e impegnava i giuristi, come aveva visto Georg Jellinek già alla fine dell'Ottocento, ad una riflessione intorno al concetto di sovranità e di Stato, libera da dogmi e precondizionamenti. Stretti tra la impropria proposizione delle categorie del diritto privato e le semplicistiche risposte della politica e della diplomazia tese a derubricare sotto la voce finzione giuridica il permanere della sovranità cinese, i giuristi dovevano inseguire la realtà sociale nelle sue trasformazioni e dare ad essa forma giuridica, « modificando i concetti e i tipi giuridici quando non corrispondano più alle nuove costruzioni della politica ». Il giurista, continuava Cavaglieri seguendo sempre l'insegnamento di Jellinek, « commetterebbe un grave errore, se si contentasse di rilevare il carattere strano e irregolare di quelle forme e di quei fenomeni, negando loro valore giuridico, perché sono incompatibili con gli attuali concetti di diritto pubblico o non hanno nulla in comune con le figure politiche preesistenti » <sup>(93)</sup>.

Cavaglieri, tuttavia, non arrivava a condividere le conclusioni cui era giunto Jellinek in Cina o nei Balcani. Escludeva, infatti che si potesse ricondurre il *Pachtvertrag* del 1898 nella categoria del *lease* o che si potessero configurare servitù internazionali in grado di costituire un diritto reale in favore di uno stato su una porzione di territorio di un altro o ancora che Bosnia Erzegovina, Cipro e

---

<sup>(92)</sup> CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale e alcune recenti concessioni di territori*, cit., p. 29; ID., *Contributo alla definizione di alcune figure del diritto pubblico contemporaneo*, cit., p. 11.

<sup>(93)</sup> CAVAGLIERI, *Contributo alla definizione di alcune figure del diritto pubblico contemporaneo*, cit., p.4.

Jiaozhou fossero dei « frammenti di Stato »<sup>(94)</sup>. Pur non mancando analogie e punti di contattato, le cessioni in affitto o in amministrazione presupponevano dei rapporti internazionali che avevano la loro fonte in un trattato internazionale. Nei casi sopra citati il trasferimento definitivo della sovranità a Austria-Ungheria, Inghilterra e Germania, sarebbe stato possibile quindi, solo, attraverso una nuova convenzione internazionale cui avrebbero dovuto partecipare rispettivamente Impero Ottomano e Cina. Più esatto allora concludeva Cavaglieri riunire « i paesi dati in affitto, le provincie cedute in amministrazione, e in genere tutti i territori dove uno Stato, riservando a sé il nudo diritto di sovranità, ne cede ad altri Stati l'effettivo esercizio » nella categoria dei *territori internazionali*. « Come il condominio, così anche i *territori internazionali* rappresentano una forma politica generalmente transitoria, che può durare anche un lungo periodo di anni, ma alla quale gli eventi politici segnano presto o tardi necessariamente un termine, ricongiungendo in un modo o nell'altro la sovranità al suo effettivo esercizio »<sup>(95)</sup>.

#### 4. *Oltremare.*

Anche Santi Romano si occupò, se pur rapidamente, delle concessioni nel *Corso sul diritto coloniale* del 1918 e nel *Corso sul diritto internazionale* del 1926<sup>(96)</sup>. Muovendosi nel solco tracciato

---

<sup>(94)</sup> CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale e il rapporto tra Stato e territorio*, cit., p. 120; 109.

<sup>(95)</sup> CAVAGLIERI, *Contributo alla definizione di alcune figure del diritto pubblico contemporaneo*, cit., pp. 33-34. Successivamente anche CAVAGLIERI, *Corso di diritto internazionale*, Napoli, Rondinella, 1934<sup>3</sup>, qualificò il diritto dello Stato sul territorio come un diritto reale, « un vero potere di natura reale, sia nello stretto significato di *jus in re*, sia in quello più assoluto di un diritto esclusivo di attività statale esercitato *erga omnes* » (p. 259), e ritenne che con le cessioni in affitto venissero trasferiti degli *iura in re aliena* di natura pubblicistica attraverso « la scissione della sovranità come diritto astratto, *nudum ius*, dal suo materiale ed effettivo esercizio » (p. 368).

<sup>(96)</sup> ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., pp. 94-100; ID., *Corso di diritto internazionale*, cit. I due corsi non hanno ricevuto dalla storiografia l'attenzione che meriterebbero. Costituiscono un'eccezione BASCHERINI, *Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione*, cit., pp. 117-135; e Francesco SALERNO, *L'influenza di Santi Romano sulla dottrina e la prassi italiana di diritto internazionale*, in « Rivista di diritto internazionale », 101 (2018), 2, pp. 357-387.

da Cavaglieri, anche per il giurista palermitano, politica e diritto offrivano due rappresentazioni diverse: nel primo caso i *settlements* occidentali e giapponesi in Cina apparivano come delle colonie larvate in cui il potere sovrano del Celeste impero era ormai svuotato di ogni contenuto; nel secondo essi erano invece degli spazi territoriali sui quali i concessionari godevano solo temporaneamente di un diritto territoriale, non di natura reale sebbene *propter territorium*, ma personale che poteva investire a seconda delle interpretazioni l'intera potestà governamentale o il suo solo esercizio. Il territorio dunque continuava ad essere cinese, e cinesi rimanevano gli indigeni residenti all'interno delle stesse concessioni. Ciò sembrava confermato, per Romano, proprio dall'analisi giuridica del *settlement* italiano a Tianjin. Con l'accordo italo cinese del 1902, come abbiamo visto, si era cercato di dare forma giuridica all'occupazione, procedendo all'individuazione dell'italianità del territorio verso l'esterno, mediante l'indicazione delle linee di confine, e verso l'interno, riconoscendo la piena giurisdizione al governo italiano e introducendo una serie di limitazioni al mantenimento di proprietà cinesi o straniere. La figura giuridica cui si ricorse, una concessione libera da qualunque scadenza temporale ed onere economico, ad eccezione del versamento di un canone di affitto annuo, non avrebbe dovuto determinare, pur in assenza di una scadenza temporale, il trasferimento dell'originaria potestà territoriale cinese, ma solo una sua delega temporanea. Non c'era stato, dunque un aumento del territorio nazionale, né dall'accordo erano derivati oneri finanziari aggiuntivi a carico dello Stato e per questa ragione il Governo non aveva chiesto alle Camere la sua approvazione <sup>(97)</sup>.

Il carattere personale che caratterizzava i diritti trasferiti dalla Cina agli Stati concessionari non escludeva tuttavia la possibilità, secondo Romano, che uno Stato potesse concedere dei diritti reali su una parte di esso. Se infatti, nel caso in cui il territorio fosse considerato complessivamente, non era possibile riconoscere alcun diritto reale né a favore del concessionario, né del concedente, Romano ammetteva la possibilità di configurare dei diritti reali interi (dominio e condominio) o parziali (dominio eminente, servitù e

---

(97) NUZZO, *Italiani in Cina*, cit., p. 274 e ss.

pegno) su parti « distinte e isolate dal resto »<sup>(98)</sup>. Il giurista siciliano ribadiva che le vecchie categorie del *domium utile* e del *dominium directum* non potevano applicarsi alle concessioni cinesi perché ciascuna potenza concessionaria esercitava « una potestà esclusivamente propria cui serve di titolo un diritto non reale costituito a suo favore ». Allo stesso tempo, tuttavia, era costretto ad ammettere che ci si trovasse in « uno stato di transizione » verso l'affermazione di un pieno dominio coloniale e con esso dunque diveniva possibile attribuire carattere reale al diritto esercitato sul territorio<sup>(99)</sup>.

Le ambiguità a cui Romano non riesce a sfuggire tra il 1918 e il 1926, esaminando la natura giuridica delle concessioni in Cina, ci riportano all'inizio del secolo e al saggio da cui siamo partiti sulle *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*. Come abbiamo visto, attraverso un piccolo spostamento dell'angolo di osservazione, Romano, sottopose ad un profondo ripensamento la sua teoria. Nel saggio del 1902, infatti, l'unità territoriale tra lo Stato e la colonia non costituiva più il presupposto necessario per l'esercizio di un diritto di sovranità, né era più possibile vedere nel territorio il minimo comun denominatore degli ordinamenti giuridici della metropoli e della colonia. Esso era ormai solo l'oggetto di un diritto statale. Era dunque da una prospettiva statale che si sarebbe dovuto definire il rapporto con il territorio e soprattutto era solo attraverso lo Stato che sarebbe stato possibile ricomporre l'unità dei diversi ordinamenti giuridici.

Attribuire allo Stato la capacità di costruire il rapporto con il territorio su due livelli paralleli, nazionale e coloniale, ciascuno dei quali caratterizzato da un proprio diritto dello Stato sul territorio, personale nel primo caso, reale nel secondo, non condusse però Romano a modificare la lettura dell'art. 5 dello Statuto data nel 1898 e ad escludere la competenza del parlamento in ordine all'approvazione dei trattati che comportassero modifiche territoriali dei possedimenti coloniali.

Come abbiamo visto nelle pagine precedenti esaminando il *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, non vi era motivo per il giurista siciliano di derogare, in ragione della natura del territorio,

---

(98) ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 160.

(99) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 99.

al principio generale fissato dall'art. 5 dello Statuto. Vent'anni più tardi, tuttavia, Romano avvertì l'esigenza di precisare perché spettasse ancora al parlamento approvare i trattati dai quali discendeva una variazione di territorio coloniale, sebbene quest'ultimo non potesse considerarsi formalmente territorio del regno. La sua risposta fu di una chiarezza brutale: « un territorio è coloniale, quando è considerato tale per volontà dello Stato. Infatti la qualifica 'coloniale' dipende esclusivamente dal trattamento giuridico che a quel territorio fa lo Stato a cui esso appartiene. Non si tratta di una qualità intrinseca e materiale, e tanto meno assoluta e necessaria, ma essa è attribuita dall'ordinamento giuridico dello Stato »<sup>(100)</sup>.

Il territorio coloniale non costituiva parte integrante dello spazio territoriale dello Stato. Era solo « un'appendice », oggetto di un suo diritto reale pubblicistico. Collocata in una zona di indistinzione, la colonia era fuori dallo Stato e tuttavia gli apparteneva. Jellinek aveva dato forma giuridica ed esistenza istituzionale a questa appartenenza riconducendo tutti gli enti dall'ambigua natura che si ponevano tra lo Stato e la circoscrizione amministrativa nella categoria dei *frammenti di Stato*. Nel 1918 anche Romano arriva finalmente a riconoscerne l'efficacia e con qualche aggiustamento gli dava spazio nel suo *Corso*. La colonia era un frammento di Stato non perché, pur avendo territorio e sudditi propri era priva di un autonomo potere governamentale come appunto aveva sostenuto Jellinek, ma perché era accessoria « di fronte a quella parte dello Stato che ne costituisce invece il nucleo principale e fondamentale ». Esisteva un naturale e incolmabile grado di separazione tra la colonia e la metropoli che impediva la loro fusione e che faceva di essa un'appendice, un frammento, un accessorio dello Stato<sup>(101)</sup>.

All'interno di un rapporto di appartenenza che sottoponeva la colonia al dominio assoluto dello Stato nelle forme indicate dal diritto pubblico interno, Romano affidava all'esclusiva volontà di quest'ultimo la qualifica del territorio e l'individuazione del trattamento giuridico da riservargli. Solo eccezionalmente, quando la stipula di trattati internazionali comportasse variazioni territoriali o oneri finanziari era necessario l'assenso del parlamento, ma in ogni

---

<sup>(100)</sup> Ivi, p. 61.

<sup>(101)</sup> Ivi, pp. 31-32.

caso mai l'atto di approvazione doveva confondersi con l'atto approvato che rimaneva di competenza esclusiva della Corona <sup>(102)</sup>.

In colonia lo Stato si faceva amministrazione e agiva direttamente senza mediazioni o autorizzazioni del potere legislativo. Il diverso livello di civiltà escludeva ogni forma di coincidenza o raffronto con l'ordinamento giuridico della metropoli e legittimava la produzione di un diritto differente per popolazioni « per le quali è compatibile un governo simile a quello vigente presso di noi in epoca più antica » <sup>(103)</sup>. La specialità dell'ordinamento coloniale non era più dovuta alla perpetua provvisorietà in cui si trovava la colonia, come aveva sostenuto nel saggio del 1898, ma alla dislocazione temporale che lo Stato gli aveva imposto. Alla sua volontà spettava, quindi, non solo il compito di stabilire la natura di un territorio, ma anche quale temporalità dovesse scandirne l'esistenza. Le differenze razziali e il ritardo culturale delle popolazioni africane imponevano che la lente attraverso cui guardare alle esperienze d'oltremare non potesse essere lo Stato costituzionale, cioè una forma di organizzazione politica i cui i poteri fossero separati e in cui vi fosse un unico soggetto giuridico, ma lo Stato patrimoniale, ossia « lo Stato che viveva prima dello Stato costituzionale » <sup>(104)</sup>.

Santi Romano non era stato il primo giurista ad immaginare che la vita della metropoli e quella della colonia potessero scorrere al ritmo di due temporalità distinte.

In Inghilterra James Mill, Henry Sumner Maine e John Seeley avevano descritto, in tempi e modi diversi, « l'eccezionalità » della

---

<sup>(102)</sup> Ivi, rispettivamente p. 61 e p. 62. Ma in questo senso già ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., p. 433. Nel caso di acquisti di nuovi territori coloniali, Romano riteneva necessaria l'approvazione parlamentare perché non era possibile stabilire la qualifica nel momento di stipulazione del trattato con cui si acquistava un nuovo territorio. Allo stesso modo era possibile riconoscere l'applicabilità dell'art. 5 dello Statuto anche nel caso in cui il trattato facesse riferimento a territori già qualificati come coloniali. Bisognava considerare infatti che tali territori avrebbero potuto anche non rimanere sempre nella condizione di colonie e « quindi, tale condizione, che può essere rimossa, non può venire in considerazione quando si tratta di applicare l'art. 5 dello Statuto ». Rimanevano fuori dalla competenza parlamentare i trattati che avevano per oggetto sfere di influenza, concessioni in amministrazioni, accordi con capi indigeni.

<sup>(103)</sup> ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 167.

<sup>(104)</sup> Ivi, p. 104.

società indiana come il prodotto di un ritardo storico. Esso bloccava gli indiani in un tempo pre-moderno e costringeva, come scrisse proprio Maine in un passo notissimo, « gli inglesi che governano l'India a regolare il proprio orologio su due meridiani diversi »<sup>(105)</sup>. Ancor più eccezionale dell'India anche l'Africa subsahariana sembrava vivere ad un'altra velocità e ad aver bisogno di risposte giuridiche ancor più straordinarie. Travers Twiss, per esempio, intervenendo nella contesa tra Portogallo e *Association Internationale du Congo* sul controllo della foce del fiume Congo e sulla possibilità che anche un soggetto privato esercitasse una piena sovranità sui territori acquistati da tribù indigene, riteneva che il diritto internazionale non fosse in grado, perché inapplicabile in quel contesto, di fornire una soluzione e che, al contrario, si dovesse guardare all'esperienza medievale europea. Twiss non arrivava a teorizzare l'esistenza di due diversi tempi storici, né immaginava un diritto coloniale che avesse nella differenziazione temporale il suo presupposto, ma cercava nel medioevo le chiavi di lettura della realtà africana e le categorie in grado di fornire quelle soluzioni che apparivano impensabili secondo « le regole positive della società europea »<sup>(106)</sup>. In altri termini, quello che in Europa non era possibile accettare, appariva in Africa meno « scioccante ». L'emersione di nuove prassi contrattuali, la sovrapposizione costante tra

---

<sup>(105)</sup> James MILL, *History of British India*, 3 voll., London, Baldwin, Cradock and Joy, 1817; Henry Sumner MAINE, *The Effects of Observation of India on Modern European Thought*, London, Murray, 1875; John SEELEY, *The Expansion of England. Two Courses of Lectures* (1883), London, Cambridge, CUP, 2010. Per un'attenta ricostruzione delle strategie discorsive inglesi sull'« eccezionalità » indiana v. Giulio ABBATE, « Un dispotismo illuminato e paterno ». *Riforma e codificazione nell'India Britannica (1772-1883)*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 20-36; con particolare riferimento a James Mill, Mario PICCININI, *The Forms of Business. Immaginario costituzionale e governo delle dipendenze*, in « Quaderni fiorentini », 33/34 (2004-2005), pp. 73-114.

<sup>(106)</sup> Travers TWISS, *La Libre navigation du Congo*, in « Revue de droit international et législation comparée », 15 (1883), pp. 436-42; 547-63; 16 (1884), pp. 237-46. La citazione è tratta dal secondo articolo, p. 550. Diffusamente Andrew FITZMAURICE, *The Justification of King Leopold II's Congo Enterprise by Sir Travers Twiss*, in *Law and Politics in British Colonial Thought*, Ian Hunter and Shaunagh Dorsett (eds.), New York, Palgrave, 2010, pp. 109-126; NUZZO, *Origini di una Scienza*, cit., pp. 232-236; Jennifer PITTS, *Boundaries of the International Law and Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2018, p. 148 e ss.

proprietà e sovranità, la dilatazione delle competenze dell'esecutivo rispondevano alle esigenze di un mondo diverso, lontano dai riti e dalle forme del « vecchio diritto delle genti europeo »<sup>(107)</sup>. L'Africa era uno spazio giuridico altro che aveva bisogno di un proprio diritto, la cui caratteristica principale doveva essere la capacità di adeguarsi alla diversa realtà politica, economica e sociale. Ciò aveva permesso agli internazionalisti di escludere che il mondo fosse pronto per reggersi su di un unico diritto internazionale e contemporaneamente aveva liberato i costituzionalisti dal chiedere l'estensione degli ordinamenti metropolitani nelle colonie africane. Sin dagli anni trenta dell'Ottocento in Europa e negli Stati Uniti i giuristi avevano identificato il diritto internazionale come un prodotto della cristianità, avviando una riflessione sugli strumenti giuridici da utilizzare nella costruzione delle relazioni con popoli di civiltà e fede diversa. Data per presupposta l'impossibilità di quest'ultimi di recepire il diritto internazionale cristiano a causa di un'insuperabile arretratezza culturale essi confinarono nelle astrattezze del diritto naturale la possibilità di un unico ordinamento giuridico, introducendo per il mondo reale altri immaginari livelli normativi più rispondenti, secondo i loro standard, all'arretratezza storica di tutti gli interlocutori non occidentali.

Il diritto coloniale fu uno di quei livelli. Per Romano era un diritto speciale, non eccezionale perché formato da norme suscettibili di interpretazione analogica, distinto e allo stesso tempo derivato dall'ordinamento metropolitano<sup>(108)</sup>. Partendo dal presupposto che il diritto è organizzazione sociale, la specificità di ciascuna colonia

---

<sup>(107)</sup> I passi tra caporali sono tratti da un articolo redazionale dal titolo *État indépendant du Congo et Grande-Bretagne*, in « *Revue générale de droit international public* », 1 (1894), pp. 379-380.

<sup>(108)</sup> La specialità del diritto coloniale impediva ovviamente che potesse essere utilizzato per interpretare il diritto della madrepatria, ma poteva da quest'ultimo essere letto e integrato. Si trattava, tuttavia, di un diritto sempre sul punto di scivolare nel paradigma dell'eccezionalità. Sebbene infatti il diritto eccezionale era per ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit. p. 22, un complesso di norme che poteva derogare il diritto comune per « cause e considerazioni straordinarie » e non per la natura intrinseca dei rapporti, la specialità del diritto coloniale si traduceva nella possibilità di fare delle colonie un luogo dell'eccezione, uno spazio in cui l'ordinamento giuridico dello Stato veniva ad essere sospeso sul presupposto di un differente livello di civiltà e in cui i

moltiplicava i circuiti e gli ordinamenti normativi e li modellava sulle realtà delle diverse società coloniali. Registrare la pluralità degli ordinamenti giuridici coloniali, tuttavia, non era sufficiente. Il problema rimaneva quello dell'unità e imponeva il coordinamento degli ordinamenti coloniali all'interno di quello gerarchicamente superiore rappresentato dallo Stato « L'ordinamento della colonie — scrive Romano riposa sempre direttamente o indirettamente su quello dello Stato cui esse appartengono, ed ha perciò carattere derivato »<sup>(109)</sup>.

Il ricorso ad una diversa matrice spazio temporale attraverso cui scandire il tempo della colonia sembrò a Romano la soluzione migliore per tenere insieme centro e periferia e contemporaneamente giustificare la coesistenza di sistemi normativi diversi.

Da un lato l'approccio istituzionalista presupponendo tanti ordinamenti quante erano le istituzioni, permetteva di affermare la giuridicità anche della colonia e, per il suo tramite, gli consentiva di disattivarne l'alterità; dall'altro, attraverso la sua dislocazione in un altro universo temporale era possibile sia continuare riconoscere allo Stato un diritto reale pubblicistico sul suo territorio, ormai impensabile sul suolo metropolitano, sia giustificare la dilatazione delle competenze dell'esecutivo<sup>(110)</sup>.

La crisi dello Stato liberale come forma di organizzazione politica e l'insufficienza degli approcci volontaristici e giusrazionalistici per descrivere il concetto di diritto spingeva Romano a volgere lo sguardo verso il passato e a trovare proprio nel medioevo i tratti originari di una società che si fa diritto nell'assenza dello Stato, a fronte della sua incapacità di rivendicare il monopolio della produzione normativa, o anche semplicemente in virtù della generica indifferenza del potere politico verso il diritto<sup>(111)</sup>. « Nel medioevo

---

colonizzati erano compresi in un ordine giuridico che sarebbe erroneo definire nuovo perché era semplicemente quello in vigore nell'Europa premoderna.

<sup>(109)</sup> ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 29. Sul problema dell'unità in Santi Romano, Tommaso GAZZOLO, *Santi Romano e l'ordinamento giuridico come unità*, in « *Ius Gentium* », 2 (2018), pp. 115-127.

<sup>(110)</sup> NUZZO, *Origini di una Scienza*, cit., p. 276; BASCHERINI, *Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione*, cit., p. 126.

<sup>(111)</sup> Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2006; ID., *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in « *Rivista*

— scrive Romano in un passo molto citato del suo *Ordinamento* — per la stessa costituzione di quella società, scissa, anzi frantumata in molte e diverse comunità spesso indipendenti o debolmente collegate tra loro, il fenomeno della pluralità degli ordinamenti giuridici ebbe a manifestarsi con tale evidenza e imponenza, che non sarebbe stato possibile tenerne conto » <sup>(112)</sup>. Non solo dunque il pluralismo giuridico medievale è il filtro per rilevare l'emersione di nuovi gruppi sociali tendenti a costituirsi una « cerchia giuridica autonoma » e, ad un livello teorico di più ampio respiro, per pensare il diritto « oltre lo Stato », spezzando l'identificazione moderna con la legge, ma è anche lo strumento per costruire la giuridicità dell'ordinamento coloniale e per rivendicarne l'appartenenza alla metropoli <sup>(113)</sup>. Se infatti, come ha ricordato recentemente Natalino Irti « la teoria della pluralità implica una teoria delle 'relazioni', cioè della reciproca rilevanza degli ordinamenti, e questa, a sua volta, esige l'assunzione di un punto di vista esclusivo », lo Stato rimane il

---

trimestrale di diritto e procedura civile », 60 (2006), 2, pp. 377-395; su Grossi lettore di Romano v. Gian Paolo TRIFONE, *Pluralismo e fattualità. Il contributo di Paolo Grossi*, in *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, a cura di A. Tucci, Milano, Mimesis, 2013, pp. 109-120.

<sup>(112)</sup> ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 99.

<sup>(113)</sup> *Oltre lo Stato* è, come è noto, il titolo di una conferenza tenuta da Santi Romano per l'inaugurazione dell'anno accademico 1917-1918 nel Regio Istituto di Scienze Sociali Cesare Alfieri. Ispirata dagli eventi bellici in corso, dalla tendenza verso la creazione di organismi sovranazionali e da una trasformazione in senso imperiale di alcuni Stati, il discorso di Romano è un invito rivolto allo Stato di andare anche oltre sé stesso: « Se è soltanto di pochi Stati la possibilità di porsi a capo di quelle grandi istituzioni dell'avvenire, che forse creeranno nuove forme politiche, è dovere di ognuno mirare, in un senso o nell'altro, a superarsi. Così per noi fu ed è ancora il principio di nazionalità; ma bisogna ben guardarsi dal credere che, raggiunte da questo punto di vista le nostre aspirazioni, ci si possa fermare paghi e soddisfatti: se così fosse, quel principio si trasformerebbe in una causa di arresto e di debolezza. Così pure, non solo per noi, ma per tutti gli Stati moderni, sarebbe insufficiente limitare la propria espansione a quella coloniale, che pure, sotto altri aspetti e per altri lati può essere utile e necessaria. Lo Stato colonizzatore, in sostanza, finché rimane tale, non esce dai propri confini per quanto continuamente l'allarghi. E invece la storia ci dimostra essere legge universale, che va diventando sempre più attiva, che ogni Stato, per mantenersi, deve espandere la propria vita oltre se stesso ». Cfr. Marco FIORILLO, *Oltre lo Stato. Santi Romano e la prolusione fiorentina del 1917*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, [https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/fiorillo\\_scrittiCostanzo.pdf](https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/fiorillo_scrittiCostanzo.pdf) (luglio 2020).

luogo fisico e teorico da dove guardare e al quale guardare <sup>(114)</sup>. Lo Stato poteva rispettare la separazione dei poteri o liberarsi dello Statuto, affermare (ma ancora per poco) l'unicità del soggetto giuridico o ritornare, attraverso il concetto di sudditanza coloniale, alla logica degli status, a seconda dello spazio nel quale si trovava ad agire <sup>(115)</sup>. Le diverse finalità che orientavano la sua azione, l'insuperabile ritardo culturale africano, l'irriducibile distanza che separava il cittadino italiano dal suddito coloniale spingevano Romano a riscoprire i vantaggi dell'Antico regime, riproponendo i vincoli che nella premodernità univano il sovrano e il suo regno e affidando l'esistenza dei colonizzatori e dei colonizzati a due matrici politico-giuridiche diverse: quella del potere legislativo, delle leggi e dei codici, per i primi, e quella del potere esecutivo, delle consuetudini, dei regolamenti e dei provvedimenti amministrativi, per i secondi.

---

<sup>(114)</sup> Natalino IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano. Note introduttive*, in « Diritto pubblico », 1 (2018), p. 20.

<sup>(115)</sup> Per una ricognizione generale del concetto di sudditanza, v. Ester CA-PUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana dell'Italia liberale*, in « Clio », 31 (1995), 1, pp. 65-95.



MARTIN LOUGHLIN

## THE POLITICAL JURISPRUDENCE OF HAROLD J. LASKI

1. Introduction: The Strange Death of Liberal England. — 2. Laski's Intellectual Formation. — 3. State, Sovereignty, Authority. — 4. A Grammar of Public Law. — 5. The Institutional Scheme. — 6. Laski's political jurisprudence.

### 1. *Introduction: The Strange Death of Liberal England.*

In 1935, George Dangerfield wrote a celebrated account of how the Liberal Government of 1906-14 destroyed itself in the course of dealing with the momentous issues of the times, notably reform of the House of Lords, women's suffrage, the Irish question and the growing militancy of the trade union movement <sup>(1)</sup>. His book became feted as one of the most influential political accounts of the twentieth century. This was not just because of its penetrating insights into the decline of the Liberal party. Analysing a series of violent responses to Victorian liberal order, the book also charts the closing of an era of liberalism in English political culture. The First World War was the watershed. After the War, the extension of the franchise and the rise of the Labour party signalled the beginning of a new age that promised radical reforms. No political thinker embodied these aspirations more than Harold J. Laski. Laski's political writing dominated the inter-war period to the extent that, following his untimely death in 1950, Max Beloff even suggested that historians would come to call the period between 1920 and 1950 « The Age of Laski » <sup>(2)</sup>.

Possessing extraordinary intellectual gifts, an astonishing

---

<sup>(1)</sup> G. DANGERFIELD, *The Strange Death of Liberal England: 1910-1914*, New York, Routledge, 1935.

<sup>(2)</sup> M. BELOFF, *The Age of Laski*, in « Fortnightly », 167 (1950), pp. 378-384.

breadth of academic interests and remarkable intellectual energy, Laski's scholarly output over this period was prodigious<sup>(3)</sup>. Of particular interest to jurists is his early writing. In 1919, while still in his mid-twenties, he had already published an account of the Liberal era that pre-figured most of what Dangerfield was later to relate. The 1906-14 Liberal Government, Laski wrote, began with immense promise but ended in something « little short of disaster » and « a drift towards bureaucratic control ». Notwithstanding some real progress, its political achievements indicated « a bankruptcy in liberal ideas ». Parliamentary democracy had « broken down », the growth of bureaucracy « gave rise to a doubt whether the regime it involved was compatible with individual freedom », and the new political movements driving women's suffrage and trade unionism had exposed basic fissures in the foundations of the state. From the ashes, he argued, a new type of state was emerging which, being one based on « an unqualified acceptance of political democracy », will be « fundamentally different from anything that Europe has thus far known »<sup>(4)</sup>.

Laski's ambition was to offer an account of intellectual and institutional foundations of the emerging positive state. This is the focus of my inquiry. Laski pursued his project systematically during the period between 1915 and 1930, laying the groundwork of a system of public law for the positive state. Although Laski was not a lawyer — for most of his academic life he held a chair of political science — he had an acute legal cast of mind and maintained an intense interest in law, legal institutions, and constitutional arrangements. Laski is the founding scholar of modern public law in Britain, I suggest, because he did more than any other jurist to establish the intellectual framework through which public lawyers could develop a distinctive approach to their subject. This, then, is a study of Laski's political jurisprudence.

Throughout his life Laski was a controversial figure. Many claimed that, despite his breadth of learning and keen political

---

<sup>(3)</sup> For a select bibliography see M. NEWMAN, *Harold Laski: A Political Biography* London, Macmillan, 1993, pp. 415-427.

<sup>(4)</sup> H.J. LASKI, *Authority in the Modern State* (hereafter *Authority*), New Haven, Yale University Press, 1919, pp. 111, 110, 116.

insight, he was neither an original thinker nor a clear writer. Some saw him mainly as a polemical writer. Living through an interwar period of considerable social upheaval and political change, he came to national prominence not just as a scholar but also as a political activist, roles that are not easily reconciled. This is undoubtedly one reason why since his death Laski's academic standing has suffered. Yet he always felt that it was wrong to think that a political philosopher could remain aloof from the pressing issues of the day. Accepting that the task was not simply to interpret the world but also to change it, he explained that he had learned more about the challenges of local government as an alderman than from reading countless textbooks and more about political parties by being a member of the National Executive Committee of the Labour Party than from any academic study of the subjects <sup>(5)</sup>. In Laski's view, the refusal of the intellectual to play a part « in the social struggle by interpreting it to [...] contemporaries was [...] the real *trahison des clercs* » <sup>(6)</sup>.

Scholarly criticisms that he wrote too quickly and not always clearly are of lesser significance for our purposes. Such complaints mainly concern his later work when he became more pessimistic about the possibilities of bringing about radical reform through British parliamentary arrangements. And it is in this earlier phase that we see Laski's scholarly endeavour to link theory with practice, concepts with the institutional arrangements through which they were to work, which reveal the power of his political jurisprudence.

## 2. *Laski's Intellectual Formation.*

Laski graduated from New College Oxford in 1914 with a first class degree in History and, having been rejected for military service, obtained a teaching post at McGill University in Montreal. Tutored by Ernest Barker and H.A.L. Fisher, it is perhaps not surprising that

---

<sup>(5)</sup> H.J. LASKI, *I Believe*, in W.H. Auden et al., *I Believe: The Personal Philosophies of Twenty Three Eminent Men and Women of Our Time*, London, Allen & Unwin, 1940, p. 168.

<sup>(6)</sup> K. MARTIN, *Harold Laski, 1893-1950: A Biographical Memoir*, London, Jonathan Cape, 1969, p. 247.

he was from his earliest years a disciple of Gierke, Maitland, and Figgis (7). But it was an opportune meeting with Felix Frankfurter, then a young administrative law professor at Harvard Law School, that led to Laski's systematic engagement in legal scholarship. Through Frankfurter's influence, Laski was appointed to Harvard as an instructor in history and politics. His teaching duties were in the College, but it was in the law school that he made his closest connections.

When he arrived at Harvard in 1916, the law school was just beginning to break with the legal formalism of Dean Langdell. Signalled by the appointment that same year of Roscoe Pound as Dean, the law school was opening itself to the challenge of examining law as an integral part of the social sciences. In this outward-looking environment Laski flourished. As he wrote in the *Harvard Law Review*, the Law School's « theory of teaching, its method of organization, its conception of the place of the law in university studies, are all of them genuinely novel ». What made them so was that law is studied « as dialectic instead of dogma », such that the objective was not so much to learn a set of rules as to acquire an education in a branch of social life. The coming of the collectivist age, he elaborated, meant that law should no longer be studied in isolation but investigated « in relation to those collateral sciences which throw light upon its meaning » (8).

At Harvard Laski immersed himself in the political and legal milieu of progressive American thought. Rubbing shoulders with such eminent social philosophers as Morris R. Cohen and John Dewey, he wrote regularly for the *New Republic*, then a recently

---

(7) NEWMAN, *Harold Laski*, cit., p. 39: « Influenced by the work of the German jurist Otto von Gierke (which he translated), Maitland argued that in all societies certain enduring groups or associations arise. Such associations had a collective consciousness and will, over and above that of its individual members, and possessed a real personality. [...] H.A.L. Fisher, who was one of Laski's tutors at New College (and also Maitland's brother-in-law) published Maitland's collected papers just before Laski started history. He was therefore fully exposed to Maitland's work ». I. KRAMNICK, B. SHEERMAN, *Harold Laski: A Life on the Left*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 59: « At New College Barker [...] set him to read the works of the great triumvirate of medieval historians, the German Gierke and the Englishmen Maitland and Figgis ».

(8) HJL, *Review*, in « Harv. Law Rev. », 32 (1919), pp. 976-8, p. 977.

established magazine of the progressive left. Within a year of his arrival, he had also published two articles in the *Harvard Law Review*, and followed those up by a third in 1919 <sup>(9)</sup>. These studies, on such aspects of English legal history as the personality of associations, the history of the corporation, and the responsibility of the state, reveal his profound debt to Gierke and Maitland. Having now situated himself at the centre of an intellectual movement driven by pragmatism in philosophy and a democratic politics of political and economic reform, his overarching ambition was to apply that method and that orientation to the central politico-legal issues of the day. For Laski, these issues were those of state, sovereignty, and authority.

Thus began Laski's deep immersion in the character of political jurisprudence. Given how foreign this would appear to an English jurisprudence dominated by legal positivism, his project in carrying forward « the revolt against formalism » <sup>(10)</sup> began with an extended analysis of public law in European, and especially French, thought. Early fruits of this project can be seen in his reviews in *Harvard Law Review* of such texts as Levy-Ullman's *La Définition du Droit* and Duguit's *Manuel de Droit Constitutionnel*, which extolled the value of a sociological approach to law and emphasized that « any adequate theory of constitutional law involves also a theory of

---

<sup>(9)</sup> H.J. LASKI, *The Personality of Associations*, in « Harv. Law Rev. », 29 (1916), pp. 404-426; ID., *The Early History of the Corporation in England*, in « Harv. Law Rev. », 30 (1917), pp. 561-588; ID., *The Responsibility of the State in England*, in « Harv. Law Rev. », 32 (1919), pp. 447-472. Laski also became Book Review Editor for volumes 31 and 32, apparently the only ever member of the Review who was not registered in the Law School: See Z. C., Jr. [Zachariah Chaffee], *Harold Laski and the Harvard Law Review*, in « Harv. Law Rev. », 63 (1950), pp. 1398-1400. It might also be noted that on arrival at Harvard Laski initially enrolled in courses at the law school but gave up after a term because: « The Law School was giving me a great course in business jurisprudence where I wanted a course in politico-legal theory »: O.W. HOLMES, H.J. LASKI, *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr Justice Holmes and Harold J. Laski, 1916-1935*, Mark De Wolfe Howe, ed., Cambridge, MA, Harvard University Press, 1953, 21 Jan 1917, p. 57.

<sup>(10)</sup> M. WHITE, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, London, Oxford University Press, 1947.

the state » (11). This message was also advanced through his solicitation for the *Review*, as a member of its board of editors, of papers by Maurice Hauriou and Léon Duguit, the leading French public lawyers of the period (12). It was this inquiry into the character of modern public law that culminated in his translation of Duguit's 1913 work, *Les Transformations du Droit Public*, though given the controversy over the concept of public law, he evidently felt it politic to present it to an English readership under the title of *Law in the Modern State* (13).

Laski's ambitious project was well underway by the time he accepted an appointment in political science at the London School of Economics and Political Science in 1920. His books on *Studies in the Problem of Sovereignty* (1917) and *Authority in the Modern State* (1919) had already appeared by the time he arrived and a third volume, *The Foundations of Sovereignty*, would be published in the following year. Now at the height of his powers, in 1925 he published his major work, *A Grammar of Politics*. As he noted, the book « completes an effort, begun in 1915, to construct a theory of the place of the State in the great society » (14). In 1926, and at the unusually young age of thirty-three, Laski was appointed to the chair in political science vacated by Graham Wallas and would remain at LSE for the rest of his life.

### 3. *State, Sovereignty, Authority.*

For Laski, the concepts of state, sovereignty and authority are the fundamental elements of the modern framework of public law.

---

(11) HJL, « Harv. Law Rev. », 31 (1917), pp. 316-317; HJL, « Harv. Law Rev. », 31 (1918), pp. 498-499 (quotations at « Harv. Law Rev. », 31, p. 499).

(12) L. DUGUIT, *The Law and the State*, in « Harv. Law Rev. », 31 (1917), pp. 1-185, and H.J. LASKI, *A Note on M. Duguit*, in « Harv. Law Rev. », 31 (1917), pp. 186-192; M. HAURIOU, *An Interpretation of the Principles of Public Law*, in « Harv. Law Rev. », 31 (1918), pp. 813-821, and H.J. LASKI, *A Note on M. Hauriou*, in « Harv. Law Rev. », 31 (1918), pp. 875-876.

(13) L. DUGUIT, *Law in the Modern State*, F. & H. Laski trans., New York, Huebsch, 1919.

(14) H.J. LASKI, *A Grammar of Politics* (hereafter *Grammar*), London, Allen & Unwin, 1925, Preface.

They provided « the scaffolding » from which « a general reconstruction of the state » could be built <sup>(15)</sup>, and these were the key concepts studied in his first three books. Each book follows a common style of presentation: after the essentials of Laski's general argument are presented in its first chapter (respectively « the sovereignty of the state », « the authority of the state » and « the foundations of sovereignty »), the essays that follow illustrate aspects of the general thesis.

Laski's first book, *Studies in the Problem of Sovereignty*, is a series of historical inquiries into the orthodox positivist theory of the state. That orthodoxy rests on the claim that, as William Blackstone put it, within the state there must exist some « supreme, irresistible, uncontrollable authority, in which the *jura summa imperii* or rights of sovereignty reside » <sup>(16)</sup>. This claim was subsequently taken over by John Austin who added analytical rigour by defining law as the command of the sovereign, conceiving sovereign authority as undivided, absolute and unlimited. The merit of this theory is that it clarifies the definition of law and, in refusing to concede that the right of the state is ever limited by competing rights, it upholds as the key value the need to maintain order. Laski's basic aim was to show that the formal account of the state offered by analytical jurisprudence bears no relation to how political authority is actually established. Absorbing the insights of the path-breaking works of Gierke, Maitland and Figgis, Laski shows how the implied claim of state supremacy cannot be justified by the history of the institutional development of government.

The absolute concept of sovereignty adopted in positivist legal theory, Laski argues, is far too simple. The sovereign is simply « the person in the State who can get his will accepted » and « there is nothing absolute and unqualified about it ». It is merely « a matter of degree and not of kind that the State should find for its decrees

---

<sup>(15)</sup> H.J. LASKI, *The Foundations of Sovereignty and Other Essays* (hereafter *Foundations*), New York, Harcourt, Brace & Co., 1921, p. ix.

<sup>(16)</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, vol. I, p. 48.

more usual acceptance than those of any other association » (17). Laski here questions the accounts of state and sovereignty offered by analytical jurisprudence with evidence from historical sociology and insights from the philosophy of pragmatism and the critical techniques of realism.

His various studies in the problem of sovereignty are all taken from struggles over allegiance between church and state in the nineteenth century: the disruption of the established Church of Scotland in 1843, the impact of the Oxford Movement between 1833-1845, and Roman Catholic Revival in England in the latter half of the century. His general contention is that the Austinian theory of sovereignty could not prevail against claims of conscience. His last study extends the argument to continental Europe, showing how the stance taken by Bismarck to subordinate the church to the state in the *Kulturkampf*, was simply the mirror image of Joseph de Maistre's ultramontane claim for papal authority (18). Each sought to suppress, each advocated « the ideal of unity » as « the surest guarantee of survival », each conceived truth as singular and doubted fallibility or indivisibility, and « each in the end came to the realization that his theories were inconsistent with the facts of life » (19).

Laski's studies pressed home his argument that the state asserts a formal claim to supremacy which it cannot in reality maintain. This discrepancy between theory and fact provides the platform for his own pluralist, realist, and pragmatic account of sovereignty: sovereign authority, he argues, extends only so far as its commands secure consent. Sovereignty rests upon the consent of the governed, a consent that is conditional. We thus find the true meaning of sovereignty « not in the coercive power possessed by its instrument, but in the fused good-will for which it stands ». Con-

---

(17) H.J. LASKI, *Studies in the Problem of Sovereignty* (hereafter *SPS*), New Haven, Yale University Press, 1917, p. 17.

(18) *Ibid.*, p. 263: « Where De Maistre speaks of the Church, Bismarck speaks of the State: where De Maistre discusses the Papacy, Bismarck is discussing the German Empire. Otherwise, at bottom, the thought is essentially the same ». See J. DE MAISTRE, *Study on Sovereignty*, in ID., *The Works of Joseph de Maistre*, J. Lively ed., London, Allen & Unwin, 1965, pp. 93-129.

(19) LASKI, *SPS*, p. 264.

sequently, law cannot be defined as command; it is simply a rule whose « goodness consists in its consequences » (20).

In these *Studies*, Laski shows his credentials as a realist whose aim is to subvert the state's claim to authority founded on an abstract concept of sovereignty. He argues that since the state can only function through its system of government, the nature and authority of the state cannot be explained without looking at the way it carries out its essential functional tasks.

But questions remain. Does his argument not reduce the idea of state sovereignty to mere power, thereby collapsing *de jure* and *de facto*? Is his thesis that absolute sovereignty destroys liberty based on the confusion of state and government by assuming that absolute sovereignty is incompatible with limited government? And in building his argument from corporate fellowship theories in which the state is just one group-unit among many, does he not underestimate the significance of the state's singular function in reconciling conflict? These are challenges to his theory of the state which are taken up in his subsequent studies on sovereignty and authority.

The next volume to be published was a study of authority, which he called « some sort of sequel » to the 1917 book (21). However, it is more in keeping with the logical development of his project for me first to explain his 1921 book on *The Foundations of Sovereignty*. In this book, Laski suggests that we need to clarify basic concepts like sovereignty, liberty, authority and personality: « we want alike the history and the definition; or rather, we want the history because its substance is in fact the definition » (22). It is the history of sovereignty that he addresses in this study.

Laski explains that in the middle ages any sense of absolute power was qualified both by « attention to the principles of abstract right » and the belief in a contractual relationship by which the prince had rights but also duties. But in the modern world « we have moved from the medieval ground of universal ethical right to which the state itself must bow, to a right of law which the state, through

---

(20) *Ibid.*, pp. 12, 13.

(21) LASKI, *Authority*, p. ix.

(22) LASKI, *Foundations*, p. 314.

its sovereign organ, is alike privileged to make and interpret » (23). This move, he maintains, leads to two difficulties.

The first is that the claim is formal; the modern state might formally be recognized as having unlimited power, but the governing relationship is still reciprocal and « in actual fact there will always be a system of conditions it dare not attempt to transgress ». When they do, as James II discovered, it leads to revolutionary overthrow or, as George III and the British Parliament discovered a century later, it leads to the American Revolution. His second point is that initially the European nation-state's claim of sovereignty was a weapon against the external aggression of Rome and particular difficulties arose when it was extended to internal arrangements. This was because « the true heart of a state is its government » and the unity that government represents « is not so much the interest of its subjects as a whole as of that part which dominates the economic life of its members ». The orthodox theory of sovereignty forces these different interests within society into a unity and places itself « at the disposal of the social group which, at any given historical moment, happens to dominate the life of the state » (24).

The formal legal account of sovereignty thus « takes its stand upon the beatification of order » and does not inquire into « the purposes for which order is maintained ». It is for this reason that this formal account can never provide the basis of a working philosophy of the state. The foundations of sovereignty, he concludes, « must strike deeper roots if they are to give us a true philosophy » (25).

Laski recognized that the modern foundations of sovereignty are commonly conceived in terms of the Rousseau's synthesis: sovereignty is associated with the people as a whole and their will — the general will — is supreme. But these claims must be critically examined. Rousseau had emphasized the distinction between state and government, and vested sovereignty in the former alone. Yet the business of the modern state is much too complex to be conducted by the people directly. And since the scale of modern social life

---

(23) *Ibid.*, pp. 9, 16-17.

(24) *Ibid.*, pp. 22, 27, 28-9.

(25) *Ibid.*, p. 29.

involves specialization of function, the device of representation cannot be avoided. If popular sovereignty « means that the whole people is, in all but executive detail, to govern itself » it is « an impossible fiction ». In reality, we adopt Rousseau's distinction between state and government, but vest ultimate power « in the hands of that minority which is able most effectively to manipulate the inert mass of the population »<sup>(26)</sup>.

Laski accepts that popular sovereignty, the idea that the interest of the mass must prevail over the interest of any particular group, provides the criterion of public good. But he emphasises that « the real problem lies not so much in the announcement that the interest of the people as a whole must be the ultimate governing factor, as in the means taken to secure the supremacy of that interest ». And on this matter, the practice « limps painfully behind the theory it is to sustain ». His point is that the British state has been democratized, becoming a positive state in which « for the realization of good, it has embarked upon an effort [...] to control the national life by governmental regulation ». But it has done so without our political institutions keeping pace with the changes in social and economic structure. The liberty and equality promoted by Rousseau and implied in the modern state are purely formal: « The industrial worker has the suffrage; but he is caught in a system which deprives it of any fundamental meaning »<sup>(27)</sup>.

This brings us to his work on authority. *Authority in the Modern State* was designed as a sequel to his first book. « When I have finished similar studies in the political theory of the Catholic Reaction in France during the nineteenth century », he says in the preface to *Studies*, « it may be that I shall be able to attempt a more comprehensive theory »<sup>(28)</sup>. This more comprehensive theory is advanced in the *Authority* book. Its thesis is that the problem of sovereignty is one merely aspect of a more general problem of authority. While his studies on the state and sovereignty have been

---

<sup>(26)</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>(27)</sup> *Ibid.*, pp. 227-28, 30, 34, 76.

<sup>(28)</sup> LASKI, *SPS*, p. iv.

mainly « negative and critical » the ambition of this book is « positive and constructive » (29).

After addressing the authority of the state as a general phenomenon in the first chapter come the promised detailed studies of the history of nineteenth century French thought. Laski justifies this because « it is in France, above all, that the ideals I have tried to depict are set out in the clearest and most suggestive light » (30). The argument presented in his essay on De Maistre in the *Studies* book is now extended through analysis of Bonald's worship of absolute sovereign power, of Lamennais's struggle between order and liberty, of Royer-Collard's liberal denial of sovereignty, and finally through the transition from statism to governmentalism in the syndicalist claim that property must be replaced by social function as the key principle of political life. But it is the one hundred page first chapter that is of most relevance to our inquiry.

It begins by distinguishing between state and government which, as we have seen, was emphasized in Rousseau's work. For Laski the state cannot be equated with society because the state is « concerned only with those social relations that express themselves by means of government ». However wide those relations are, there will always be associations, such as churches, trades unions, and other voluntary societies, that exist independently of the state and resist absorption into it. But he recognises that because the state exists to promote the good life, we vest government with the authority on the assumption that it fulfils the purpose of the state. Government therefore « wins our loyalty by the contribution it can make to the achievement of the state-purpose » (31).

Laski then argues that Rousseau goes wrong by equating the state with society, an error compounded when the state's authority is assumed by its executive organ, the government. To say that the state is the supreme embodiment of power is only to say that the state exists « as the most adequate means we have yet invented for the promotion of an end we deem good ». But if the state's sovereignty means that its will must be obeyed, then that rather depends:

---

(29) LASKI, *Authority*, p. ix.

(30) *Ibid.*

(31) *Ibid.*, pp. 26-7, 28.

« the thesis is self-evident when it acts in accordance with that end; but no one, surely, would urge that the state must be obeyed if the methods it followed were those of Machiavelli's prince »<sup>(32)</sup>.

It follows, argues Laski, that the state's claim to sovereignty rests on two conditions: consent and rightness. According to what criteria can the state be said to have consented to some course of governmental action? Under what criteria can that course of action be deemed « right conduct »? Numerical majorities may justify political action, but they cannot provide a guarantee of rightness. Public opinion might be important, but this does not explain what is « public » and when it is « opinion ». A realistic analysis must accept that what is termed state action is in reality action by its government and governmental action becomes state action only if it gains acceptance. State action is therefore « simply an act of government which commands general acceptance »<sup>(33)</sup>.

This brings us to the basic question of authority. Why do people obey government? Why is there « a voluntary servitude of a large mass [...] to a small portion of their number »?<sup>(34)</sup> These questions, argues Laski, have never been adequately answered by political philosophers: Hobbes founded obedience on fear and Rousseau tried to locate it in consent, but each built their explanations around the fiction of social contract. The inquiry can be advanced only by starting with existing realities and examining how subjection through fear is transformed into consent. From such a perspective, any formal legal theory of sovereignty is worthless: absolute in theory, in actuality the state's sovereignty is subject to limitations. Our attention must therefore focus on the conditions under which sovereign power is actually limited.

Laski's account runs as follows. People may obey but no one surrenders their entire being to the state. They have a sense of right and wrong and if governments act contrary to this sense, the people are « pricked into antagonism ». They also have expectations that the state will fulfil its purposes, and when « the realisation of these hopes is keenly enough felt to be essential to the realisation of the

---

<sup>(32)</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>(33)</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>(34)</sup> *Ibid.*, p. 32.

purpose of the state we have a political right ». This political right is « not justified on grounds of any abstract or absolute ethic ». It is a demand born of « the general experience of the state » and is recognised by society as « directly essential to the common good ». And if « power is so exerted as to refuse the recognition of that right, resistance is bound to be encountered »<sup>(35)</sup>.

Laski argued that the labour movement was now demanding that every member of the state must be able to secure those goods that are « the requisites of healthy life and worthy citizenship ». These demands impose conditions on authority, such that rights are now « written into the fabric of the state by the constitutional processes provided by law ». And whenever « a group of persons large enough to make its presence felt demands the recognition of certain claims, it will not recognise a law which attempts defiance of them; nor will it accept the authority by which that law is enforced ». Laski then offered two examples from contemporary politics: first, how Ulster Unionists before 1914 refused to accept the sovereignty of an Act of Parliament which granted self-government to Ireland and secondly how the suffragettes pursued their cause in defiance of the ordinary rules of law<sup>(36)</sup>.

Governmental action, he maintained, is conditioned by political right, that is, by the expression of the hopes and expectations that subjects have of their state. A power that fails to achieve these basics abuses that public trust. And that power must be limited by this sense of political right « because otherwise there is no means, save continual revolution, of achieving the purpose of the state ». Every government, in short, is merely « a *de facto* government except insofar as the rightness of its effort makes it *de jure* »<sup>(37)</sup>.

In these three books, Laski analyses the concepts of state, sovereignty and authority to show how all claims to absolute power are misconceived. The concepts are all conditioned by a claim of political right whose source is located « less in any formal constitution than in the effort to secure in the state the expression of a

---

<sup>(35)</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>(36)</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>(37)</sup> *Ibid.*, pp. 48, 58.

certain spirit »<sup>(38)</sup>. But a claim of political right is not of itself sufficient protection against governmental power. In the positive state, Laski acknowledges, political right must be strengthened by the provision of institutional safeguards.

#### 4. *A Grammar of Public Law.*

Laski brings his analysis of the positive state to a conclusion in 1925 with the publication of *A Grammar of Politics*. The book is in two parts: the first is an analysis of the principles of the modern state — sovereignty, rights, liberty, equality, property and authority — and the second examines the governmental institutions needed for their realisation. The first part examines the principles that legitimate modern government, while the second shows how in practice these principles are being thwarted. Laski's overall aim is to show how governmental institutions must be reformed to realise the potential implied by these modern principles.

The book's title is misleading. It is less a « grammar » of « politics » than a programme for reconstituting the foundations of the modern state. It is an account of what generates authority in the modern state and the institutional arrangements through which that authority is sustained and legitimately exercised. Once public law is understood as « an assemblage of rules, principles, canons, maxims, and manners that condition and sustain the activity of governing »<sup>(39)</sup>, then Laski's *Grammar* — which connects theory with practice, the concepts with the institutions — is more appropriately seen as a study of the grammar of public law. Interpreting him in this way, I also follow him in distinguishing between principles and practices.

Laski begins by reprising his account of state and sovereignty to emphasise that if the will of the state is the will of its government, there can be no absolute sovereign authority in the sense expressed by Austin and no inherent rightness about its decisions. Rightness depends on the extent to which governmental decisions adhere to

---

<sup>(38)</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>(39)</sup> M. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 30.

the state's basic purpose, which is to realise the common good. He then elaborates on the idea of purpose, by which he means « to realise my best self in common with others »<sup>(40)</sup>.

Laski's conception of purpose is an ambiguous blend of Bentham, Rousseau and Green. His notion of purpose adapts Bentham's theory of utility to contemporary conditions, but his claim that social good involves « such an ordering of our personality that we are driven to search for things it is worthwhile to obtain » is far removed from orthodox Benthamism<sup>(41)</sup>. As an appeal to a higher purpose, it resonates more strongly with Rousseau's concept of the general will, though Laski clearly rejects what he perceives to be Rousseau's idealism<sup>(42)</sup>. His sense of the purpose of social organization seems closest to the ideas of individual self-realisation and realisation of the common good that are associated with the philosophy of T.H. Green<sup>(43)</sup>.

Laski argues that although the state exists to perform this sense of purpose because its will is the will of its government, realisation of that purpose remains contentious. Further, because the idea of an absolute sovereign state no longer holds in the modern world, sovereignty must be replaced by a claim to authority. This is a significant shift. Claiming that authority is essentially federal in nature, he shifts the focus from sovereignty to authority, highlighting the reciprocal relationship between authority and rights. His analysis of rights, liberty, equality, and property become the most important innovations in this work.

Since the character of a state must be judged by its contribution to human welfare, its acts are rightful not by reason of their source but by virtue of their contribution to that purpose. And since purpose is best expressed in the language of political right, the state must be conceived as not creating but only recognising those rights. The character of a state is revealed by the rights it acknowledges. Rights recognition is a basic criterion of the state's authority.

---

(40) LASKI, *Grammar*, p. 39.

(41) *Ibid.*, p. 25.

(42) *Ibid.*, p. 68: « A general will, in Rousseau's sense, is [...] an impossibility ».

(43) T.H. GREEN, *Lectures on the Principles of Political Obligation* (1885-88), London, Longmans, Green & Co, 1924.

These rights, Laski stresses, are not natural rights. They do not constitute a permanent and unchanging catalogue of goods reflecting the natural order of things. But his concept of rights is broader than those adopted by Hobbes and Bentham, who define rights simply as claims the state willingly acknowledges. How, then, does he explain the existence of rights which demand recognition in that state?

Acknowledging that rights vary according to context, Laski maintains that they express « those conditions of social life without which no man can seek, in general, to be himself at his best ». The test is that of utility: in a modern democratic state where each citizen is of equal worth, « the utility of a right is [...] its value to all the members of the State ». Rights, therefore, are always relative to functions. I have rights « that I may make a contribution to the social end ». They are possessed because citizens are performing duties. But those duties, he emphasises, are towards the ends that the state aims to serve rather than simply to the government of the day. Consequently, there are circumstances « in which resistance to the State becomes an obligation if claims to right are to be given validity ». This is because rights are not created by positive law but are its precedent conditions. Rights « are that which law is seeking to realise » (44).

But it is not just as a member of the state than an individual has rights. The individual also has rights of personality which may be expressed through various forms of association. Consider, for example, the status of the Roman Catholic Church which, Laski says, must persist unhindered by the state « because invasion of its sphere means the destruction of the quality it brings to the life of its members ». Such an accommodation does not jeopardize the role of the state as « the co-ordinating factor in the community »; it merely acknowledges the federal character of social organization. Since the state is not the body from which other bodies derive, it must recognize these rights of personality before it can demand a citizen's loyalty (45).

---

(44) LASKI, *Grammar*, pp. 91, 92, 94, 96, 105.

(45) *Ibid.*, pp. 97, 98.

This explains the concept of rights, but the challenge lies in their realization. The adoption of rights in written constitutions « will doubtless give them greater sanctity », says Laski, but « they will not ensure their realization ». Acknowledging that this raises a problem « as difficult as any in the realm of political science », he argues that any system of rights must respect three aspects: the interest of the individual, the interest of the various groups which express the individual's personality, and the interest of the community<sup>(46)</sup>. To achieve this, it is necessary to establish an institution with the responsibility of interpreting and enforcing a set of common rules.

Laski's account of rights is the foundation for his concepts of liberty, equality and property. By liberty is meant « the eager maintenance of that atmosphere in which men have the opportunity to be their best selves ». There can be no liberty without rights since without them we are « the subjects of law unrelated to the needs of personality ». But liberty does not mean simply the absence of constraint. « Whenever there are avenues of conduct which must be prohibited in the common interest », explains Laski, « their removal from the sphere of unrestrained action need not constitute an invasion of liberty ». He therefore rejects Mill's attempts to invoke liberty to determine the limits of state interference because « the separate freedoms I use are not freedoms to destroy the freedoms of those with whom I live »<sup>(47)</sup>. Liberty is a positive quality enabling an individual to determine the path towards attaining their best self.

For liberty to exist, there must be effective mechanisms by which government can be held accountable. These must include « the organised and conscious power to resist in the last resort » since it is this implied threat that safeguards against abuse by government. Drawing a distinction between three aspects of liberty, he points to the necessary institutional safeguards. First, private liberty, the opportunity to exercise choice in areas such as freedom of religious worship, which only affect the individual. Secondly, political liberty, the freedom to be active in public affairs. For this, two conditions must be in place: individuals must have received

---

<sup>(46)</sup> *Ibid.*, pp. 103, 135.

<sup>(47)</sup> *Ibid.*, pp. 142, 144.

enough education that they can express themselves in a way that is intelligible to others and there must be an honest and efficient mass media. The third aspect is economic liberty, the « security and the opportunity to find reasonable significance in the earning of one's daily bread », a liberty that not only requires freedom from « fear of unemployment and insufficiency » but also « implies democracy in industry ». For the great majority of citizens, then, freedom will not be realised without the existence of « special guarantees » (48).

These conceptions of liberty intersect with the concept of equality. For Laski, equality does not mean « identity of treatment » and « does not even imply the identity of reward for effort so long as the difference in reward does not enable me, by its magnitude, to invade the rights of others ». Although it implies a « certain levelling process » it is essentially « a coherence of ideas » according to which the « realisation of my best self must involve as its logical result the realisation by others of their best selves ». Equality therefore means the absence of special privileges and the provision of equal opportunities. Great inequalities of wealth make the attainment of freedom impossible because the rich will find ways of manipulating government to protect the amenities represented by their property ». Consequently, the first essential « is approximate equality of wealth ». Any distinctions of wealth and status « must be distinctions to which all men can attain and they must be required by the common welfare » (49). That is, any advantages must relate to the performance of a social function.

Political equality, then, « is never real unless it is accompanied by virtual economic equality » because otherwise political power « is bound to be the handmaid of economic power ». These economic inequalities arise mainly from the workings of the property system. There is an understandable impulse to acquire property, whether to provide security against change in fortunes, to enhance leisure, to protect children, and so on. There is also an ethical justification based in return for effort. But private property, Laski argues, is not a simple and unchangeable thing, and in the modern world it has become increasingly recognized that property is « a product less of

---

(48) *Ibid.*, pp. 144, 147-8, 148, 149.

(49) *Ibid.*, pp. 153, 154, 157, 161, 157.

individual exertion than of the total forces in society ». Since property increasingly depends upon the operation of social forces, its rights are « socially created »<sup>(50)</sup>. The key challenge is to specify a concept of property which fits the morality of the times.

A modern conception of property depends on a rights-based conception of the individual. Individuals have rights to control things to the extent that such control enables them to realise their best selves, but no one has « a moral right to property except as a return for functions performed ». This mainly counts against those who live from the proceeds of ownership, especially inherited wealth, since this group will have ready access to the sources of political power and will come to dominate its institutions. This, Laski maintained, was the problem in contemporary Britain. By its alliance with the finance capitalism, the landed aristocracy had reproduced itself so that the « grocer of one generation is the peer of the next », generating a plutocracy at the summit of the pyramid with no measurable utility to the community<sup>(51)</sup>.

Property is rational, Laski argued, when it is the outcome of a function and its rights are legitimately enjoyed when « accompanied by the performance of duties ». Property is therefore both a theory of reward and a theory of economic organisation. Remuneration depends on « the condition of performing work recognised as useful », leading to the conclusion that although the miner and the judge display an equality of effort, the value to society of a skilled judge is accepted as greater than that of a skilled miner. With respect to economic organisation, Laski argues that modern society recognises « the socialised production of those elements in the common welfare which are integral to the well-being of the community », that those industries retained in private production must work under standard conditions of employment, and that industry must be operated by principles of qualification and publicity<sup>(52)</sup>.

In concluding his disquisition on property, Laski maintained that the present system was psychologically inadequate, resting as it did on fear, that it was morally inadequate because it conferred

---

<sup>(50)</sup> *Ibid.*, pp. 162, 181, 183.

<sup>(51)</sup> *Ibid.*, pp. 184, 185, 186.

<sup>(52)</sup> *Ibid.*, pp. 188, 196, 204.

rights on « those who have done nothing to earn them », and was economically inadequate because « it fails so to distribute the wealth it creates as to offer the necessary conditions of health and security to those who live by its processes » (53). This holds dangers for any state aspiring to liberty and equality, not least because of the risk of losing the allegiance of the majority of its members.

Laski concludes Part I, the basic grammar of public law, with an account of authority. The authority of government is « a function of relations » and it derives that authority from « the way those relations are organised ». Contrary to orthodox assumptions of modern political philosophy, authority is not derived from the consent of the people; this is a « specious intellectualism ». Authority is generated and maintained by government being able to co-ordinate the experiences of those affected by its decisions. This explains why administrative decisions should be decentralised, why those affected should be consulted, why the principle of hierarchy implied by sovereignty must be abandoned, and why the organisational form should be federal. « The groups we encounter in social and industrial life », he notes, « need to be federally related to the government if the decisions of the latter body are to be wise ». And in order to make its law valid, the state must discover « the legality of law » (54).

The *Grammar* draws its analysis to a synthesis by reinterpreting the idea of law. As a system of rules posited as the will of the state, law is morally neutral. But for law to be associated with justice, it must be « the expression of relations found adequate in [...] experience » and must be « built upon an induction from the widest possible experience it can know ». Drawing on Maine's claim that the movement of modern societies is from status to contract, Laski argues that with the emergence of the positive state the movement is from contract to relation: « It is an endeavour to make rights and duties flow from the functions involved ». This is a sociological conception of law which « makes the concepts of jurisprudence grow out of the facts of life ». For Laski, law is not simply command,

---

(53) *Ibid.*, p. 216.

(54) *Ibid.*, pp. 243, 241, 280, 251.

the will of the state. It is « that from which the will of the State derives whatever moral authority it may possess »<sup>(55)</sup>.

In defining law, Laski distinguishes between law as the will of the state and the law that makes the state. The former is positive law whereas the latter is an expression of « political right ». Political right, as used by Rousseau in calling his inquiry into the legitimisation of political order the search for *les principes du droit politique*<sup>(56)</sup>, is that which specifies the true basis of public law. Laski would agree with Rousseau that placing the law above man is a problem in politics similar to that of squaring the circle in geometry: if it can be solved good government results, but if not then, rather than achieving the rule of law, « it will be men who will be ruling »<sup>(57)</sup>. But sceptical of the value of such intellectualism, Laski preferred to ground the claim to legal validity in experience, in prudential and proportionate judgment. For this reason, Laski's study of the conceptual foundations of public law is best conceived as an exercise in political jurisprudence<sup>(58)</sup>.

##### 5. *The Institutional Scheme.*

The second part of *Grammar* is a veritable *tour d'horizon*, a 350-page survey of the entire social world conceived as an institutional scheme. It is a comprehensive analysis, but less a grammar than a sustained argument for the radical reform of economic and political institutions. And although it is presented as a review of western institutions, in reality it is Laski's own blueprint of a Constitution for the Socialist Commonwealth of Great Britain<sup>(59)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> *Ibid.*, pp. 276, 279, 286.

<sup>(56)</sup> J.-J. ROUSSEAU, *The Social Contract* (1772), in his *The Social Contract and other later political writings*, Victor Gourevitch ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1997, pp. 39-152, p. 39.

<sup>(57)</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Considerations on the Government of Poland and on its Projected Reformation* (1772), in *The Social Contract and other later political writings*, cit., pp. 177-260, p. 179.

<sup>(58)</sup> M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, chs 4-6; ID., *Political Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

<sup>(59)</sup> Cf. S. & B. WEBB, *A Constitution for the Socialist Commonwealth of Great Britain*, London, Longmans, Green & Co, 1920; see LASKI, *Grammar*, pp. 335-40, 428.

His economic reforms, which are the more radical, will be briefly introduced before turning to political reforms.

Laski's thesis is that the inherited social, economic and political system can no longer continue without radical change. The coming of democracy means that we are now living under a system whose moral assumptions are rejected by the majority. This leads to « a desire for its active overthrow which [...] must lead either to concessions or to revolution » and since the latter « is probably incompatible with the maintenance of civilised life » the concessions must be great enough to « assure a world-order in which the average man is assured of the opportunity to realise his best self »<sup>(60)</sup>. That requires the institution of an economic system that satisfies the basic principles of justice.

To realize this objective, Laski proposes to divide the government of industry into three classes<sup>(61)</sup>. Into the first fall those industries « urgently affected by a public character, which are monopolistic in their nature » and whose operation « is essential to the welfare of the community ». These industries, such as the railways and public utilities, must be operated for use rather than profit and should therefore be nationalised. The second category concerns commodities, such as agriculture and milk and bread production, which are not natural monopolies but where the public interest is paramount. This category, in which « the less room there is for private profit the better », is the natural sphere of « the consumer's co-operative movement ». Finally, there is a third category in which « the commodities produced are not invested with a public character », and this is left to private enterprise. Here, « the forms of industrial government may be as various as human ingenuity can suggest » and all the state requires is conformity to wage and labour standards<sup>(62)</sup>.

As he had previously stated, the crucial reform was to bring about « the removal of industries essential to the welfare of the

---

(60) LASKI, *Grammar*, pp. 539, 540.

(61) For his early thoughts on this question see: R.H. TAWNEY, H.J. LASKI, *Introduction*, in R.B. HALDANE, *The Problem of Nationalisation*, London, Allen & Unwin, 1921.

(62) LASKI, *Grammar*, pp. 436, 436-7.

community from the danger of exploitation of private enterprise »<sup>(63)</sup>. In *Grammar*, he examines the governance arrangements of these various industrial categories in detail. He recognizes that two groups of thinkers will find his plans unpalatable. To the communists they will appear conservative, and to them his answer is that revolutions « do not achieve the direct end to which they aim » and the weapons they use « destroy by their character the prospects they have in view ». The other group, the advocates of laissez-faire, he denounces as retaining a naïve faith in a system that the working-classes have rejected and which « involves dislocation as the law of its being », implies « a distribution of property at no point referable to moral principle », and entails « waste and corruption and inefficiency »<sup>(64)</sup>.

With respect to political institutions Laski complains that philosophers have spent too much time on the « abstract metaphysics of power » and the « intangible State » to the neglect of the « central fact that what is truly important is the relationships of those who act as its agents ». The « true » state, by contrast, is « a body of men issuing orders, and what must be considered is the range of subjects to which their orders should refer, and the methods by which abuse of power must be adequately prevented »<sup>(65)</sup>. Working on this principle, he provides a comprehensive review of the institutional arrangements by which public power is allocated and exercised.

Recognising that the tripartite separation of powers means neither equal distribution nor complete separation of personnel, he nevertheless argues that some differentiation is essential to the maintenance of freedom. Laski also favours Britain adopting a written constitution, not only to avoid the unlimited authority of Parliament but also because, in the reforms he countenances, this is « the only method by which the effective control of the powers allotted to the constituent parts of a federation can be guaranteed to them ». Within that scheme, judicial independence is of fundamental importance, as is the principle that all governmental action be

---

(63) H.J. LASKI, *Karl Marx: An Essay*, London, Allen & Unwin, 1922, p. 33.

(64) LASKI, *Grammar*, pp. 506, 507.

(65) *Ibid.*, pp. 430-1.

open to scrutiny by the courts. He accepts that judicial review of legislative acts is contentious, often revolving as it does on judgments of reasonableness rather than application of strict legal principles, but he argues that it follows logically from a written constitution. However, any such constitution should be more easily amendable than the American Constitution to prevent the judiciary from « exercising more than a limited control over the political sphere » and to maintain the capacity to make changes that accord with contemporary public opinion <sup>(66)</sup>.

Laski then considers the legislative, executive, and administrative design principles that accord with the reformed British state. Approving of the party system as an effective broker of ideas and because it makes intelligible « the results of its failure », he sees its strength as bringing « an alternative government into immediate being ». But he rejects the system of proportionate representation because it intensifies « the complexity of choice », increases « the power of the professional organiser », destroys « any prospect of personal relations between member and [...] constituents », and transfers « the place where governments are made [...] to the obscurer recesses of the legislative assembly ». He also proposes that a single-chamber legislative assembly best meets the needs of the modern state, arguing that that assembly must be organized into a system of legislative committees shadowing the work of a government department and involving the use of committees with inquisitorial and deliberative functions <sup>(67)</sup>.

The political element of the executive would be constituted along the lines of the Cabinet system but reformed to strengthen the central executive's role in co-ordinating and controlling administration. Consequently, « no department should have the power to issue rules until they have been presented to the appropriate committees for criticism ». The administrative function would be entrusted to permanent officials recruited on merit and rendered accountable not only politically, but also legally by removing Crown immunity from suit and establishing effective mechanisms of administrative re-

---

<sup>(66)</sup> *Ibid.*, pp. 305-6.

<sup>(67)</sup> *Ibid.*, pp. 314, 315-6. See also, H.J. LASKI, *The Problem of a Second Chamber* (1925), in *Id.*, *Studies in Law and Politics*, London, Allen & Unwin, 1932, ch. 4.

dress <sup>(68)</sup>. Abandoning his early flirtation with guild socialism, Laski accepted that central government would need to control the work of local authorities through the enforcement of uniform standards of minimum attainment in areas such as education, housing and health, while not stifling local government's efforts to pursue community enterprise. Finally, Laski includes a chapter on the judicial process which addresses appointment, promotion, relations with the executive, and access to justice and reinforcing the basic messages that independence is a condition of liberty and that provision of public support for legal advice is a condition of equality of access <sup>(69)</sup>.

The whistle-stop tour of the institutional framework of modern government that Laski offers in Part II of the *Grammar* is driven by the principles of effectiveness, openness, accessibility, and accountability. It is designed to realise true liberty, though critics might question whether the vision of a Panoptic society with its comprehensive network of boards, committees, and oversight agencies is well-designed to achieve that objective.

## 6. *Laski's political jurisprudence.*

During the first decade of his academic career, Laski laid out a blueprint for a new conceptual and institutional framework of public law necessary to realise the new social order that was emerging. His first task was to challenge the notion that the state has an ideal character and claims the undivided allegiance of its subjects. Arguing that the will of the state is in reality the will of its government, he maintained that although it may assert a legal right to enforce obedience, the rightness of its conduct depends on whether its acts promote the common good. Laski here argues, first, that the state must prove itself through its achievements rather than its abstract claims and, secondly, that however important politically,

---

<sup>(68)</sup> LASKI, *Grammar*, 391. These issues are elaborated in H.J. LASKI, *The Civil Service and Parliament*, in R.B. HALDANE et al., *The Development of the Civil Service*, London, PS King & Son, 1922. The problem of Crown immunity had been the main theme of his essay *The Responsibility of the State in England* (1919), reproduced in LASKI, *Foundations*, pp. 103-38.

<sup>(69)</sup> LASKI, *Grammar*, ch. 10.

the state is merely one type of association among many in society: « Like any other group, what it is and what it will be, it can be only by virtue of its achievement »<sup>(70)</sup>.

In these foundational studies, Laski's analysis of state, sovereignty and authority is pragmatic, pluralist, institutionalist, and functionalist. His pragmatism is seen in his embrace of an experimental method that requires proof of achievement from any claim to authority, his pluralism in his claim that authority is federal, his institutionalism in the claim that all institutions have the allegiance of their members, and his functionalism in the argument that the state must be judged by its service to its citizens. Laski drew philosophical inspiration from the works of John Dewey and William James<sup>(71)</sup>, and derived his public law orientation from the methods of Roscoe Pound, Léon Duguit and Maurice Hauriou<sup>(72)</sup>.

His project, both intellectually and politically, was remarkably ambitious. Writing so much on such a broad scale so quickly, it is not surprising that his scheme contains ambiguities and even contradictions. Laski's view of the state, for example, was hardly consistent. Rejecting the claims of syndicalism and guild socialism that the state must be abolished<sup>(73)</sup>, he nevertheless maintained that it is « only one of the associations to which [the individual] happens

---

<sup>(70)</sup> LASKI, *Foundations*, p. 170.

<sup>(71)</sup> LASKI, *SPS*, p. 23: « Such difficulties as this the pluralistic theory of the State seems to me to remove. As a theory it is what Professor Dewey calls 'consistently experimentalist' in form and method ». LASKI, *Foundations*, p. 169: « The pluralistic world, said James, is [...] more like a federal republic than an empire or a kingdom ».

<sup>(72)</sup> LASKI, *Authority*, p. 42: « There is [...] a vast difference between what Dean Pound has admirably called 'Law in the books' and 'Law in action'. It is with the latter alone that a realistic theory of the state can be concerned ». *Ibid.*, p. 360: « Nor is it possible to obtain any large measure of agreement as to where technical service ends and the detention of a part of public power begins. M. Hauriou does not doubt that teachers and postmen are fonctionnaires d'autorité ». *Ibid.*, p. 378: « The sovereign state, as M. Duguit has repeatedly emphasised, is becoming a great public service corporation; and its organs demand readjustment to the new purposes it is to serve ».

<sup>(73)</sup> Cf. G.D.H. COLE, *Social Theory*, London, Methuen, 1920, p. 135: « The co-ordinating agency can only be a combination [...] of all essential associations, a joint Council or Congress of the supreme bodies representing each of the main functions in Society ».

to belong » (74). But he also recognized that its compulsory nature and co-ordinating functions gives the state the potential to be the pre-eminent institution. This assumes greater significance in his account of the positive theory of the state in the *Grammar*, where he defines the state as « the keystone of the social arch » arguing that it claims « a supremacy over all other institutions » (75). But these are minor ambiguities in the context of his overall objective.

Of particular importance is his recognition that the state has its own distinctive political purposes and does not operate simply as an instrument of economic power. The modern democratic state serves the purpose of promoting liberty and equality in the cause of the social good. This purpose is elaborated through a discourse of « political right » that depends for its vibrancy on maintaining a determined political will. « The knowledge that an invasion of liberty will always meet with resistance from men determined upon its repulsion », he argues, « in the last analysis is the only true safeguard that we have » (76).

This discourse of political right is the key to Laski's conception of public law as a set of political institutions orientated towards realising the good society. In the regime operating in contemporary Britain, in which economic power was held by the few, he argued that the common good could not be realised without political struggle. But this meant evolutionary reform rather than revolutionary overthrow. Given the existence of well-established institutions of parliamentary government, political struggle must work through these institutions, reforming them where necessary, to realise a democratic society. Laski advocated this parliamentary road to the good society — as against revolutionary upheaval — for two main reasons. He argued, first, that once privileges are removed through democratic means, the privileged class would be forced to set themselves against democracy. The working class could then present themselves as upholders of legality, democracy and constitutional

---

(74) LASKI, *SPS*, p. 19.

(75) LASKI, *Grammar*, p. 21.

(76) H.J. LASKI, *Liberty in the Modern State* (1930), Harmondsworth, Pelican, 1937, p. 94.

legitimacy, and the privileged class as its destroyers (77). Secondly, Laski believed in the vital importance of maintaining civil liberties. Whatever their origins, the basic liberties — freedoms of speech, expression and association, and of equality before the law regardless of race, colour and creed — were not just bourgeois aspirations. They were human achievements of universal value and whenever they were lost, as in the emergency conditions of revolutionary upheaval, history suggested they were not easily restored.

In a series of essays in the late 1920s, Laski explored the implications of his method and the reforms to the legal system that would be required. In *Law and the State* he explained that « a philosophy of the State can never rest satisfied with the maxims of formal jurisprudence » since it « must seek a bridge between the purely logical world of ideal concepts, and the actual world about us ». Institutions of the state justify themselves by their ability to meet contemporary needs; « once they fail in this, new institutions become necessary » — something that many continental jurists have recognized but that the British have yet to do so. The emergence of a new world-order is « making our political conceptions rapidly obsolete for the purposes they have to fulfil », and these developments require « the construction of a new juristic edifice » (78).

---

(77) Cf. Friedrich Engels, 1895 Preface to Karl MARX, *The Class Struggles in France* (1850): « With this successful utilization of universal suffrage, an entirely new mode of proletarian struggle came into force, and this quickly developed further. It was found that the state institutions, in which the rule of the bourgeoisie is organized, offer still further opportunities for the working class to fight these very state institutions. They took part in elections to individual diets, to municipal councils and to industrial courts; they contested every post against the bourgeoisie in the occupation of which a sufficient part of the proletariat had its say. And so it happened that the bourgeoisie and the government came to be much more afraid of the legal than of the illegal action of the workers' party, of the results of elections than of those of rebellion. [...] The irony of world history turns everything upside down. We, the 'revolutionaries', the 'rebels' — we are thriving far better on legal methods than on illegal methods and revolt. The parties of order, as they call themselves, are perishing under the legal conditions created by themselves. They cry despairingly with Odilon Barrot: *la légalité nous tue*, legality is the death of us; whereas we, under this legality, get firm muscles and rosy cheeks and look like eternal life » <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1850/class-struggles-france/intro.htm>.

(78) H.J. LASKI, *Law and the State*, in « *Economica* », 9 (1929), p. 267; reproduced in ID., *Studies in Law and Politics* (hereafter *SLP*), pp. 237-275, pp. 239-40, 244, 271.

Other essays dealt with the necessary institutional reforms. Arguing the need to reshape the foundations of the legal to meet the needs of a democratic society, he proposed « a movement towards law reform as vigorous and as far-reaching as that which Bentham inaugurated a century and a half ago ». The problem was that through universal suffrage Britain had become a political democracy but was not yet a social or economic democracy. Despite lip service paid to the principle of equality before the law, « no maxim is more deeply rooted in the mind of the masses than the belief that there is one law for the rich and one for themselves »<sup>(79)</sup>. Based on this analysis, he advocates a series of legal reforms including reorganising the legal profession, establishing a Ministry of Justice, and reforming the judicial appointment process<sup>(80)</sup>.

By the end of the decade, Laski had effectively completed his survey. His achievements were widely admired, with George Catlin in 1931 writing that Laski's « work in this century is already as important as was that of Mill in the last century, and is as certain of immortality »<sup>(81)</sup>. Yet this early promise was not to be fulfilled. Political developments in the 1930s caused Laski to doubt the efficacy of the gradualism he had so vigorously advocated in the 1920s and to adhere instead to an economic determinism in which the state is « simply the executive instrument of the class in society which owns the means of production ». In the mid-1930s, this brought from him a confession: « I now recognise (so far at least as I am concerned) that the pluralist attitude to the state and law was a stage on the road to an acceptance of the Marxian attitude to them »<sup>(82)</sup>. This leads to a different story<sup>(83)</sup>. Nevertheless, despite various criticisms made of Laski's work during this period,

---

(79) H.J. LASKI, *Justice and the Law*, in *SLP*, pp. 276-296, pp. 276, 290.

(80) *Ibid.*, pp. 291-2; H.J. LASKI, *The Technique of Judicial Appointment*, in *SLP*, pp. 163-180.

(81) G.E.G. CATLIN, Review of LASKI, *Liberty in the Modern State*, in « American Political Science Review », 25 (1931), pp. 733-735.

(82) H.J. LASKI, *The Crisis in the Theory of the State* (1937), Introductory Chapter to 4<sup>th</sup> edn of *Grammar*, pp. i-xxvii, pp. xii-xiii.

(83) I take this up in M. LOUGHLIN, *Laski's Materialist Analysis of the British Constitution*, in *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, M. Goldoni, M. Wilkinson eds., Cambridge, Cambridge University Press, forthcoming, 2022.

there can be no doubting the originality of his account of political jurisprudence and its importance in establishing the platform for the realistic analysis of British public law that had hitherto been entirely neglected.



CARLOS M. HERRERA

## PLURALISMO GIURIDICO, DIRITTO SOCIALE, POLITICA. SUL PROGETTO DI GEORGES GURVITCH

« Dans la réalité juridique actuelle, la Société avance et l'Etat recule »

1. Pluralismo: un concetto tra realtà e socialità. — 2. Un rapporto difficile: pluralismo e socialismo. — 3. Un programma politico per il pluralismo.

Nel presentare ai lettori italiani l'opera di Georges Gurvitch, alla fine della Seconda guerra mondiale, Norberto Bobbio identificava in poche ma acute pagine il rapporto tra pluralismo giuridico e politica. Infatti, per Bobbio, il pluralismo giuridico era ormai uno degli aspetti più interessanti sotto i quali si presentava « la polemica contro lo Stato moderno ». Dopo aver collocato il pluralismo nel campo delle idee politiche, Bobbio ne sottolineava l'originalità in relazione al liberalismo, al costituzionalismo, alla democrazia o persino al marxismo. In questo senso, il pluralismo cercava di contrastare « la prepotenza dello Stato » e di « strappargli di mano » il monopolio del potere giuridico. Lo Stato sarebbe unicamente uno dei « possibili ordinamenti giuridici », il suo monopolio del diritto era soltanto storico. E dal punto di vista dell'individuo, ogni attività sociale dell'uomo, che non sia strettamente politica, deve dispiegarsi in associazioni diverse dallo Stato — in altre parole, ogni società ha un diritto suo proprio <sup>(1)</sup>.

In contrasto con il liberalismo, che la cerca nei diritti naturali

---

<sup>(1)</sup> N. BOBBIO, *Prefazione*, a G. GURVITCH, *La Dichiarazione dei diritti sociali* (1942), Milano, Comunità, 1949, p. 17.

dell'individuo, la limitazione dello Stato voluta dal pluralismo giuridico deriva, secondo Bobbio, dai diritti positivi dei gruppi sociali (2). A differenza della democrazia, il pluralismo giuridico non limita l'estensione della sovranità alla sfera della cittadinanza, ma la estende invece ad altre dimensioni della vita dell'individuo, come produttore, consumatore-utente e soprattutto uomo. E l'inversione del rapporto tra società e Stato non implica, per il pluralismo giuridico, la scomparsa dell'organismo statale, come nel caso del marxismo, ma la riduzione del suo campo di attività.

In questa costellazione, Gurvitch era, per Bobbio, « il teorico più agguerrito e l'autorevole portavoce » del pluralismo giuridico, e al tempo stesso un « filosofo militante » (3). Da acuto indagatore della storia delle idee, Bobbio aveva sottolineato l'esistenza di due tradizioni politiche nel pluralismo, quella del socialismo democratico (da Proudhon a Harold J. Laski) e quella dell'organicismo (da Otto von Gierke a Maurice Hauriou e Georges Renard), ponendo in un certo senso Gurvitch alla confluenza delle due correnti (4).

Tuttavia, il concetto fondamentale su cui il suo sistema giuridico era « imperniato » era quello di diritto sociale (5), definito come « l'essenza stessa della democrazia ». E, a tal proposito, Bobbio ricorda altre formulazioni analoghe di Gurvitch (« la democrazia è il diritto sociale organizzato » o « la sovranità del diritto sociale è la democrazia »). Giustamente, Bobbio sottolineava la centralità dei diritti sociali per il pluralismo giuridico nella sua relazione con la politica. I diritti sociali appaiono come gli « espedienti » e le forme organizzative attraverso le quali una democrazia sarebbe anche economica e sociale. Attraverso i loro fondamenti, si poteva immaginare una pluralità di associazioni di individui che collaborano su un piano di uguaglianza all'interno della comunità nazionale.

Diritto sociale e pluralismo sono strettamente collegati nel pensiero di Gurvitch, come due facce della stessa medaglia. Se il pluralismo sarà la cifra caratterizzante che Gurvitch imprimerà da un certo momento alla sua teoria — ora filosofica, ora giuridica, ora,

---

(2) Ivi, p. 18.

(3) Ivi, p. 13.

(4) Ivi, pp. 19-20.

(5) Ivi, p. 22.

infine, sociologica —, il diritto sociale incarna ciò che è più finalistico nella attuazione del suo progetto. Certamente, questo rapporto con la politica non impedisce di concepire i diritti sociali nel senso più strettamente giuridico del termine, in quanto egli li vede come diritti soggettivi, che danno luogo a una garanzia giurisdizionale. Ma questa idea va persino ben al di là del diritto, poiché i diritti sociali esprimono la stessa sostanza della politica che egli reclama <sup>(6)</sup>, si potrebbe dire persino che plasmino la politica per cui egli milita come noto socialista.

Però, la sua concezione pluralistica non va solo oltre il diritto; la dimensione propriamente politica è comunque duplice, tanto da intrecciare, in una stretta difficilmente separabile, il Gurvitch teorico dal Gurvitch attivista. Questo segno diventerà sempre più pregnante, fino a quando il rapporto sembrerà capovolgersi, con il militante che prende il sopravvento sul teorico. In questo saggio, vorremmo approfondire questo connubio tra impegno politico e riflessione teorica nel pluralismo di Gurvitch.

### 1. *Pluralismo: un concetto tra realtà e socialità.*

Tutto il pensiero di Gurvitch sarà segnato dal sigillo del pluralismo, che in un certo senso potrebbe essere considerato la sua metateoria. Naturalmente, questo concetto avrà diverse varianti, fin quando non sarà sistematizzato attorno a tre dimensioni specifiche e più astratte.

Eppure, il pluralismo è inscritto dall'inizio nel progetto teorico di Gurvitch, già chiaramente visibile in due suoi libri sul diritto sociale, scritti al principio degli anni Trenta. Il pluralismo sembra essere la caratteristica saliente della realtà giuridica, perché una pluralità di diversi ordinamenti giuridici può essere identificato a

---

<sup>(6)</sup> Sul piano del pensiero giuridico del Novecento, Gurvitch è uno di quegli autori che rende esplicito questo legame interno tra diritti sociali e politica. In tutti i casi, c'è un legame specifico tra la concezione dei diritti sociali di Gurvitch e la sua visione politica, che non è mai al di fuori della nozione *giuridica*. Politica nel doppio senso. Il politico, poiché i diritti sociali nascondono sempre in essi un conflitto tra una logica integrativa e una logica di emancipazione. La politica, perché queste due logiche si sono incarnate in modo molto preciso dalla fine dell'Ottocento in una serie di lotte, teorie e istituzioni.

livello nazionale così come internazionale. Un dato della vita giuridica, quindi, che non può essere capito senza il concetto teorico di diritto sociale, perché questo pluralismo « e tutte le istituzioni che lo preparano non possono nemmeno essere comprese, e *a fortiori* costruite in modo giuridico senza ricorrere all'idea di diritto sociale » (7).

Il pluralismo corrisponde perfettamente all'opposizione logica tra diritto individuale e diritto sociale, poiché lo statalismo è per lui l'ombra dell'individualismo giuridico, nel senso che lo Stato detiene il monopolio della rappresentanza dell'interesse comune (8). Perciò, in estrema sintesi, il pluralismo giuridico può apparire come un « principio », che viene realizzato da alcuni lavoratori o istituzioni sociali « che vengono a competere e limitare il diritto dello Stato » (9). Ma c'è ancora una certa preminenza concettuale dell'idea di diritto sociale, nella sua variante pura e indipendente, che il pluralismo giuridico « segue » (10). Inoltre, il diritto sociale è « l'unica base positiva dell'intero sistema del pluralismo giuridico » (11).

Allo stesso tempo, il diritto sociale, nella complessità strutturale dei suoi soggetti, è pluralista per le diverse espressioni istituzionali che quei soggetti possono ricoprire (12), e proprio all'interno di quelle stesse istituzioni, per la tipologia di equilibri che pongono. « Le prospettive di un pluralismo di molteplici ordini di diritto sociale comune », che « limitando reciprocamente la loro indipendenza e collaborando su un piano di parità, nella vita nazionale come nella vita internazionale » arrivano a « rappresentare i molteplici aspetti differenziati di comune interesse » (13). Alla fine, dunque, « i problemi del diritto sociale e del pluralismo giuridico » vengono a trovarsi sullo stesso piano (14).

---

(7) G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932, p. 14, p. 43.

(8) Ivi, p. 39.

(9) G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932, pp. 94-95, p. 296.

(10) Ivi, p. 199.

(11) G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 44.

(12) Ivi, p. 32.

(13) Ivi, p. 42.

(14) GURVITCH, *Le temps présent*, cit., p. 298.

Se esiste nella realtà un pluralismo di diversi ordinamenti giuridici, che limita, soprattutto nel campo del diritto del lavoro e del diritto internazionale, il diritto dello Stato con « il diritto delle totalità non statali », l'idea di diritto sociale è indicata « come l'unica base positiva di tutto il sistema del pluralismo giuridico verso il quale gravita l'attuale sviluppo della vita del diritto » (15). Il diritto sociale, specialmente nelle sue due espressioni come « diritto sociale puro e indipendente » (cioè, superiore o equivalente a quello dello Stato) e « diritto sociale puro » (soggetto al controllo del diritto dello Stato e concepito come diritto privato), « formano la base del pluralismo giuridico emergente » in quanto queste due espressioni del diritto sociale incarnano l'opposizione del diritto della Società a quello dello Stato (16).

Al di là di alcune oscillazioni sullo statuto concettuale, possiamo vedere quindi come il diritto sociale e il pluralismo giuridico sono consustanziali per Gurvitch.

Nel frattempo, l'idea di pluralismo acquisirà autonomia teorica, in particolare sul problema delle fonti formali del diritto, anche se per Gurvitch non è altro che la manifestazione di talune tendenze della dottrina giuridica orientate verso l'idea di diritto sociale. In altre parole, il pluralismo sarebbe il corollario teorico del diritto sociale a livello della dottrina del diritto positivo (17). In questa percezione, c'è l'eredità del dibattito sul modello della scienza giuridica europea a cavallo fra Otto e Novecento. La sua teoria si colloca tra Eugen Ehrlich — l'autore, secondo Gurvitch, della sociologia del diritto « più interessante e più scientifica » (18) —, da un lato, e l'antiformalismo francese, da Saleilles ad Hauriou, dall'altro, per trovare il suo affluente teorico più importante nella elaborazione di Leon Petrazicky sull'equivalenza dei fatti normativi.

---

(15) G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., pp. 44-45.

(16) G. GURVITCH, *Le temps présent*, cit., p. 10.

(17) Ivi, p. 297.

(18) G. GURVITCH, *Traité de sociologie* (1960), Paris, PUF, 2007, p. 1046. Come egli sintetizza, « l'ordine legale diretto della società si manifesta tra l'altro nell'intreccio di una pluralità di ordini autonomi di gruppi particolari, lo stato escluso » (p. 1047), anche se rimprovererà a Ehrlich di essere scivolato nella categoria di diritto spontaneo, diritto extra-statale della società e diritto autonomo dei gruppi particolari.

In quegli anni Trenta, il nostro autore considerò il problema delle fonti del diritto, quale criterio di positività, come la questione centrale della riflessione giuridica<sup>(19)</sup>. All'epoca riteneva che una teoria del diritto « puramente sociologica » fosse « inadatta » a risolvere il problema.

Per lui, neanche le fonti formali del diritto (ad eccezione della legge) presuppongono l'esistenza dello Stato<sup>(20)</sup>: senza una pluralità di fatti normativi, senza questo pluralismo, in particolare quello che chiama 'di comunione', nemmeno lo Stato si sarebbe potuto affermare.

Già all'epoca, per Gurvitch, la teoria pluralista delle fonti del diritto positivo portava ad « ampliare notevolmente la sfera dell'esperienza giuridica »<sup>(21)</sup>. Ma via via che la sua teorizzazione prendeva piede nel campo della sociologia, la sua visione del pluralismo si espandeva e si sviluppava. In effetti, questo pluralismo giuridico non poteva essere compreso solo attraverso la sua genesi, perché l'emergenza dei sistemi giuridici comanda a sua volta a una serie di problemi intimamente connessi con la dimensione pluralistica. Soprattutto da lì, attraverso un approccio microsociologico, come scriverà, emerge più chiaramente « il gioco complesso di generi e forme di diritto negli ordinamenti giuridici e negli ordinamenti giuridici basati su fatti normativi di raggruppamenti strutturati, di classi e di società globali »<sup>(22)</sup>.

È attraverso uno sguardo pluralista, prima di tutto non gerarchico, delle forme di socialità che Gurvitch inizia, nella seconda metà degli anni Trenta, la sua critica ai grandi sistemi sociologici del suo tempo, in particolare quelli di Durkheim e di Ferdinand Tönnies<sup>(23)</sup>. La sua classificazione gli permette di identificare diversi criteri. Essa, tuttavia, pur ponendo il principio di un « pluralismo quasi infinito » di forme all'interno di ogni gruppo reale, si basa sul metodo della prima riduzione fenomenologica di Husserl.

---

<sup>(19)</sup> G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935, p. 138.

<sup>(20)</sup> Ivi, p. 146.

<sup>(21)</sup> Ivi, p. 152.

<sup>(22)</sup> G. GURVITCH, *Traité*, cit., p. 1057.

<sup>(23)</sup> G. GURVITCH, *Les formes de la sociabilité*, in Id., *Essais de sociologie*, Paris, Sirey, 1938.

Gurvitch riesce così a distinguere tra un pluralismo orizzontale delle forme di socialità, e un pluralismo verticale degli strati della realtà sociale, che si intersecano. In questa direzione, appaiono le due principali tipi di socialità: la socialità spontanea, poi la socialità organizzata che si presenta come la sua sovrastruttura. All'interno del primo genere, che è per lui il più importante, c'è la sociabilità da compenetrazione, che prevale sulla sociabilità per semplice convergenza, e ha tre forme: massa, comunità e comunione, secondo l'intensità della fusione e la forza della pressione sociale (due dimensioni che sono esse stesse disgiunte). Ed è la socializzazione per fusione parziale che genera il diritto all'integrazione, o diritto sociale, e che prevale sulla socialità per semplice interdipendenza e il suo diritto di coordinamento, di tipo individualistico, di cui il diritto contrattuale è esempio (24).

La socialità organizzata, che genera una coazione (*contrainte*) e non una semplice pressione, presenta a sua volta una forma per dominio e un'altra per collaborazione. Quest'ultima è quella che offre tutte le possibili garanzie di compenetrazione con l'unione spontanea sottostante (25). Ma ciascuna delle forme produce conseguenze diverse a seconda della sua base. Alla fine, sono le organizzazioni collaborative, basate sulla comunità, che possono svilupparsi più facilmente sulle forme di democrazia decentralizzata, federalista e pluralista (26). Qui troviamo ancora una volta le traduzioni di diverse sovrastrutture (radicate nella massa, nella comunità o nella comunione) nelle forme del diritto sociale, che è più efficace, e poggia su sanzioni meno violente, quando emerge da una sovrastruttura radicata nella comunione (27).

Così, il pluralismo, come meta-concetto, si espanderà costantemente e diventerà la cifra caratterizzante del suo pensiero che è prima un'impresa filosofica, poi una teoria sociologica.

Allo stesso tempo, questo significato comincia ad essere accompagnato da una crescente dimensione politica, sotto l'egida di

---

(24) Ivi, p. 35. Ci sarà un diritto sociale della massa, un diritto sociale della comunità e un diritto sociale della comunione, come lo scriverà più tardi.

(25) Ivi, p. 62.

(26) Ivi, p. 66.

(27) Ivi, p. 67.

una difesa della democrazia e del socialismo. Per lui, infatti, il diritto sociale autonomo dei gruppi sindacali « resiste al primato giuridico dello Stato e all'autonomia della volontà individuale »<sup>(28)</sup>, che sia democratico o autoritario. Ormai, unicamente la sociologia del diritto è « in grado di dimostrare che non esiste una gerarchia prestabilita tra i gruppi e i loro ordinamenti giuridici », che variano in base alle tipologie di strutture globali e dei loro sistemi di diritti<sup>(29)</sup>.

Nella fase matura del suo lavoro, quella che si apre all'inizio degli anni Quaranta, Gurvitch parte sempre da un pluralismo reale, un fatto sociale osservabile che caratterizza le società, e dà loro una rete fatta di tensioni e di equilibri mobili tra gruppi particolari. Questo fatto complesso porta, sul piano giuridico, a un ideale pluralista, che difende un'armonia tra varietà e unità, tra valori personali e valori collettivi, e sarebbe la fonte della democrazia. Se il pluralismo giuridico nasce dal pluralismo sociale, una tecnica pluralista appare a sua volta in modo specifico e autonomo, come metodo adatto alla realizzazione della libertà umana. Secondo Gurvitch, è la situazione storica attuale che ha imposto l'uso di questa tecnica, in un momento in cui si assisteva a un'enorme concentrazione di potere, soprattutto economico, ma ancora statale. È questa tecnica che ispira la sua *Dichiarazione dei diritti sociali* a cui Bobbio ha dedicato la sua prefazione.

La dimensione tecnica di cui parla Gurvitch nell'introduzione al suo libro sulla dichiarazione dei diritti sociali era in realtà duplice. Riguardava un aspetto generale, che toccava la forma politica del pluralismo sociale, come traduzione di questo ideale politico. Ma la tecnica pluralista opera proprio all'interno della costruzione stessa, nella disposizione dei suoi elementi.

L'universale concreto che muove da sempre Gurvitch lo porta a distinguere nella vecchia categoria astratta dell'uomo, che mantiene in un certo senso la sua preminenza, almeno altre tre dimensioni dei soggetti di diritto: quella del produttore — soprattutto lavoratore e operario —, quella del consumatore — utente, cliente —, e quella di cittadino — a tutti i livelli dell'organizzazione politica

---

(28) GURVITCH, *Traité*, cit., p. 1073.

(29) Ivi, p. 1064.

di una nazione, dal municipio allo Stato. Gli interessi di questi gruppi non sono necessariamente identici, poiché i loro diritti come gruppi a volte sono simili ma diversi, e possono portare a conflitti. Senza tener conto degli interessi dell'uomo in quanto uomo, prima di tutto la sua libertà, in relazione al gruppo. Ma possono essere bilanciati in una logica pluralista, che Gurvitch propone di fare con la sua « Dichiarazione ».

La formula giuridica del socialismo, che è soltanto, essa stessa, la forma economica della democrazia, era dunque la sovranità del diritto sociale <sup>(30)</sup>. Non è un caso che fin dai suoi primi libri degli anni Trenta, cerchi di far luce sulle potenzialità dell'idea di diritto sociale in relazione alle diverse espressioni della corrente giuridica socialista. Una nozione come « diritto collettivo », ad esempio, non fornisce un sufficiente criterio di distinzione tra un diritto di integrazione e un diritto di subordinazione <sup>(31)</sup>. Rifiuta anche il significato che alcuni autori come Karl Renner danno alla categoria di diritto sociale, come metodo secondo Gurvitch, che permetterebbe esclusivamente di distinguere una funzione sociale, e non una struttura immanente.

## 2. *Un rapporto difficile: pluralismo e socialismo.*

Introdurre la questione del politico in Gurvitch presuppone distinguere diversi strati, che talvolta si sovrappongono a momenti della sua vita. Non pretendiamo di essere esaustivi <sup>(32)</sup>, ma cerche-

---

<sup>(30)</sup> GURVITCH, *L'expérience juridique*, cit., p. 265.

<sup>(31)</sup> GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 161.

<sup>(32)</sup> C'è anche una preistoria, che non riguarda la questione dei diritti sociali, ma solo il giovane militante socialista « rivoluzionario ». Secondo il suo stesso racconto, legge i grandi autori del materialismo storico, e i suoi rappresentanti russi Plekhanov e Lenin, dall'età di 14 anni — è nato nel 1894 — in un contesto segnato dalla Rivoluzione russa del 1905. Ed è leggendo Hegel che si separa molto rapidamente, vedendolo come una « lente d'ingrandimento », per usare le sue parole, da ciò che il marxismo conterebbe come modello politico. Ciò non gli impedirà di essere un militante attivo negli anni del liceo — e persino uno dei dirigenti della sezione russa del Partito socialdemocratico lettone — avvicinandosi ai menscevichi durante gli studi universitari e poi, intorno al 1915, al Partito socialista rivoluzionario. In questi intrecci c'è spazio per un incontro con Lenin in Germania insieme agli studenti russi dell'Università di Lipsia, senza provare per

remo di situare alcune delle questioni politiche che circondano l'elaborazione della sua teoria pluralistica del diritto sociale, poiché egli adotta un approccio che segue una certa tradizione di socialismo.

Se il pluralismo e il socialismo presentano relazioni difficili, il diritto sociale servirà da piattaforma per il loro incontro.

Non per caso, l'immigrato russo che arriva in Francia nel 1925 si definisce come un « socialista neutrale », cioè, « fuori dai partiti », ma vicino al *Labour Party* dove il pluralismo era già molto noto nella sua cultura. Quando Gurvitch si porta candidato a una loggia massonica nella sua nuova città, il suo esaminatore — un altro immigrato russo, Boris Mirkine-Guetzévitch — lo definisce come « socialista delle gilde ». Gurvitch dichiara addirittura in questa occasione la sua simpatia per la SFIO e la CGT benché specifici di non esservi inserito. Ma si identifica sempre più con il pensiero di Proudhon, che sarà d'ora in poi la fonte principale delle sue idee socialiste — il suo primo testo su di lui è stato scritto nel 1927, sebbene sostenga di essere proudhoniano fin dall'inizio della sua carriera universitaria e persino nel 1917. Lo definirà come « il più grande pensatore sociale francese »<sup>(33)</sup>.

Secondo lui, è attraverso il diritto che la conciliazione tra individualismo e collettivismo si realizza nel socialismo di Proudhon, e non a caso il pensatore francese era allora al centro delle preoccupazioni dei giuristi di sinistra che cercavano di costruire un

---

lui alcuna simpatia. Al tempo della Rivoluzione del 1917, non si interessa più alla politica attiva, anche se per un breve periodo fu più vicino ai Bianchi. Si è ipotizzato che la sua partenza dalla Russia nel 1920 sia dovuta alle critiche al Trattato di Brest-Litovsk (cfr. M. ANTONOV, E. BERTHOLD, *Sources russes de la pensée de Georges Gurvitch: Écrits de jeunesse dans les Annales contemporaines, 1924-1931*, in « Cahiers internationaux de sociologie », 2006, pp. 197-226). Ma conosciamo l'essenziale di queste esperienze attraverso ciò che egli stesso dirà, una storia che dovrà essere confrontata in maggior misura con altre fonti, perché è molto probabile che questo racconto infiocchettato e più o meno eroico sia più leggenda che realtà, almeno per quanto riguarda il dato che trascende la dimensione personale. Le ultime opere biografiche in francese utilizzano il dossier della *Loge Etoile du Nord*, ma il più delle volte si tratta della sua stessa testimonianza raccolta dai membri della loggia durante i loro colloqui.

<sup>(33)</sup> Proudhon diventerà un riferimento costante della sua opera, e dedica il suo ultimo libro a una sintesi del suo pensiero: G. GURVITCH, *Proudhon. Sa vie, son œuvre*, Paris, PUF, 1965.

pensiero giuridico lontano dal marxismo, almeno da Georges Sorel<sup>(34)</sup>. Gurvitch, in un testo pubblicato negli *Annales contemporaines* nel 1925, afferma a sua volta che « il problema del socialismo è prima di tutto un problema di diritto »<sup>(35)</sup>. Il diritto, nel senso di una regolamentazione giuridica in ambito economico, può permettere di far sbocciare forme di autogestione e, così facendo, allontanare l'influenza dello Stato.

I primi sviluppi teorici sulla questione del diritto sociale si svolgeranno nel quadro di una discussione già importante all'interno del socialismo giuridico. Questa corrente — più che una vera e propria teoria — ha poi alcuni importanti rappresentanti, sia in Francia che in Germania: Emmanuel Lévy e Maxime Leroy nell'Esagono, Gustav Radbruch e Hugo Sinzheimer al di là del Reno<sup>(36)</sup>. Gurvitch li prenderà in esame molto presto, per fare i conti con la loro concezione. Già nel 1924 ritorna sul pensiero di Radbruch<sup>(37)</sup> al quale dedicherà in seguito uno studio approfondito, senza dimenticare il suo articolo su Lévy e i lunghi passaggi che consacra a Sinzheimer nella sua tesi. La sua principale preoccupazione politica nei confronti di questi autori è sempre di allontanare la tentazione statale dal socialismo che potrebbe esistere in queste correnti riformiste, persino quando affermavano una prossimità con il proudhonismo. Nell'intraprendere questo percorso — che prende addirittura una piega personale, in quanto sarà in stretto contatto con tutti questi pensatori — Gurvitch cerca di costruire un proprio approc-

---

<sup>(34)</sup> C.M. HERRERA, *Constellations juridiques du sorélisme*, in Georges Sorel et le droit, a cura di C.M. Herrera, Paris, Kimé, 2005, pp. 129-166.

<sup>(35)</sup> G. GURVITCH, *L'État et le socialisme*, brano citato in ANTONOV, BERTHOLD, *Sources russes de la pensée de Georges Gurvitch*, cit.

<sup>(36)</sup> Vedi il pionieristico numero monografico dei « Quaderni fiorentini », III/IV (1974/1975). Per il caso francese C.M. HERRERA, *Par le droit, au-delà du droit? Sur les origines juridiques du socialisme juridique en France*, in *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, a cura di C.M. Herrera, Paris, Kimé, 2003 e, per una ricostruzione all'interno del dibattito socialista generale, si veda recentemente in italiano, C.M. HERRERA, *Alcune pietre miliari per l'identificazione di una corrente socialista nella filosofia del diritto*, in *Politeia. Liber Amicorum Agostino Carrino*, a cura di C. de Angelis e A. Scalone, Roma, Mimesis, 2020, pp. 319-337.

<sup>(37)</sup> In un testo in russo che, secondo Antonov e Berthold, pone le basi del suo socialismo, in questi stessi *Annales contemporaines* rivolge una critica al sindacalismo francese di Maxime Leroy.

cio, che inizia con la critica alle visioni del socialismo giuridico esistenti, nel segno di un progetto teorico più ambizioso all'interno del dibattito giuridico francese dell'epoca, e che egli immagina già nel segno del pluralismo <sup>(38)</sup>.

In questo senso, le sue tesi sul diritto sociale possono essere considerate parte di questa corrente, anche se Gurvitch, nella sua duplice preoccupazione di soppesare la sua originalità con la neutrale rispettabilità accademica, preferisce nascondere. Infatti, trattandosi di una questione di riconoscimento del suo status accademico, egli prende le distanze il più possibile dalla politica, persino se la sua « piccola tesi » appare con una prefazione di Maxime Leroy. Alla fine della sua vita, Gurvitch dirà di rammaricarsi dell'assenza di una più chiara separazione tra giudizio di valore e giudizio di realtà nelle sue tesi <sup>(39)</sup>. Tuttavia, questo « miscuglio » peggiorerà in seguito negli stessi anni.

Nelle sue pagine, troviamo certamente la dimensione pratica che era al centro del socialismo giuridico sotto forma di rapporto critico dei diritti sociali con lo Stato, e in particolare della politica sociale. Si tratta di una questione centrale, poiché la riflessione più avanzata dell'epoca si trova in una certa dottrina giuridica tedesca, che vedeva nella Costituzione di Weimar del 1919 il tentativo di costruire quello che allora cominciava a chiamarsi uno Stato di diritto sociale <sup>(40)</sup>.

Se per Gurvitch, da un punto di vista generale, il diritto sociale è sempre stato un diritto di integrazione, di cooperazione, egli ha cercato di distinguere, come abbiamo visto, concettualmente tra generi diversi. In primo luogo, c'è il « diritto sociale puro e indi-

---

<sup>(38)</sup> Vedi C.M. HERRERA, *La radicalisation sociologique de la pensée juridique: Lévy, Lambert, Gurvitch*, in « Droits. Revue Française de théorie, de philosophie et de culture juridiques », 2015, 62, pp. 189-204.

<sup>(39)</sup> L'obiettivo era, stando alle sue parole, quello di collegare le analisi sociologiche con le sue convinzioni politiche « a favore di una pianificazione economica decentralizzata, gestita dai consigli di fabbrica e dai loro rappresentanti ». Cfr. G. GURVITCH, *Mon itinéraire intellectuel ou l'exclu de la borde* (1958), in « L'Homme et la Société », 1966, 1, p. 8.

<sup>(40)</sup> Cfr. C.M. HERRERA, *La social-démocratie et la notion d'État de droit à Weimar* (2001), ora in Id., *Droit et gauche. Pour une identification*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.

pendente », spontaneo ma equivalente e persino superiore al diritto statale. Una variante più ristretta era il « diritto sociale puro » ma « soggetto alla tutela dello Stato », che rientrava più nell'ambito del diritto privato. Questi generi esprimevano l'opposizione della società allo Stato, ed erano soprattutto di natura extra-legislativa ed extra-statale, pur contando su « autorità oggettive ». In questa prima elaborazione, Gurvitch ha individuato una terza possibilità, il « diritto sociale annesso dallo Stato », che aveva il rango di diritto pubblico <sup>(41)</sup>. Gurvitch parlerà di un quarta specie, un po' diversa in realtà, il diritto sociale condensato nell'ordinamento giuridico dello stato democratico, che, di fatto, è la sovranità popolare (sebbene egli parli di « diritto sociale della comunità politica soggiacente » allo Stato <sup>(42)</sup>).

Soltanto un diritto sociale puro poteva rivelarsi « capace di penetrare all'interno stesso della fabbrica e dell'impresa e di limitare l'arbitrarietà dei padroni ». In particolare, il diritto del lavoro si stava affermando come un diritto sociale « puro e indipendente », attraverso il ruolo crescente dei « raggruppamenti spontanei degli interessati e dei loro accordi ». Secondo Gurvitch, le nuove istituzioni incarnavano lo sviluppo di questo diritto sociale extra-statale e spontaneo, che a sua volta dava una posizione statutaria ai membri dell'istituzione, ma manteneva sempre un carattere antigerarchico ed egualitario. Era proprio sotto la Repubblica di Weimar che questo mutamento normativo aveva acquisito le caratteristiche di un diritto costituzionale del lavoro (*Arbeitsverfassungsrecht*). Gurvitch identificava questo carattere in istituzioni come il contratto collettivo di lavoro e, soprattutto, nei consigli di fabbrica e nei consigli economici, che nel sistema tedesco avevano avuto per la prima volta nella storia un riconoscimento costituzionale <sup>(43)</sup>. Questi consigli e il loro diritto — così come l'idea della *Arbeitsgemeinschaft*, che la dottrina tedesca aveva proposto per definire l'istituzione dell'art. 165 — erano senza dubbio l'espressione principale del « diritto

---

<sup>(41)</sup> GURVITCH, *Le temps présent*, cit., p. 10.

<sup>(42)</sup> GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 89.

<sup>(43)</sup> C.M. HERRERA, *La ricezione del costituzionalismo sociale weimariano nella Francia della Terza Repubblica*, in « Il Pensiero Politico. Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali », LII (maggio-agosto 2019), 2, in particolare pp. 260-270.

sociale puro », che si collocava quindi dalla parte della società contro lo Stato <sup>(44)</sup>.

A dire il vero, a partire dalla fine degli anni Trenta, Gurvitch si mostra più critico nei confronti del dispositivo costituzionale di Weimar, giudicato troppo lontano dall'idea di diritti fondati sulla libertà e sulla dignità dell'essere umano, e più vicino ai « programmi e alle promesse dello Stato in materia di legislazione sociale », cosa che poteva spiegare lo spostamento verso lo stalinismo e persino il corporativismo. È l'inclinazione stalinista, che non esita ad associare al paternalismo e persino al corporativismo, che impedisce di dare ai diritti sociali un fondamento nella democrazia <sup>(45)</sup>.

Se il rapporto con lo Stato è quindi generalmente respinto, il politico appare in un'altra dimensione che è centrale nella discussione in questo momento: la pianificazione. Gurvitch si orienta allora verso la galassia delle correnti che cercano di rinnovare il vecchio socialismo francese, sulla scia di Proudhon. La democrazia industriale, la vecchia parola d'ordine proudhoniana, rimane il concetto chiave del suo pensiero politico, ma la associa all'idea di una « pianificazione collettivistica non statale ».

Questa svolta appare negli articoli che Gurvitch darà a *L'Homme réel*, una rivista teorica che rivendica l'appartenenza al sindacalismo, ma in una linea vicina al *planisme* del socialista belga Henryk De Man <sup>(46)</sup>. Gurvitch stesso è uno dei riferimenti del gruppo: alla fine del primo anno della rivista, una sua frase è riprodotta in quarta di copertina (con H. Lagardelle e Le Corbu-

---

<sup>(44)</sup> Gurvitch, che aveva fatto una parte dei suoi studi universitari in Germania, era emigrato in quel Paese nel 1920, prima di stabilirsi in Francia. Era un fine conoscitore del pensiero giuridico tedesco del XIX secolo e della dottrina del diritto del lavoro tedesco dell'epoca.

<sup>(45)</sup> G. GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux* (1946), Paris, Dalloz, 2009 (reprint), p. 36, p. 44. In risposta a Sinzheimer, aveva sottolineato la sua vicinanza con le teorie di Lorenz v. Stein (HERRERA, *La ricezione del costituzionalismo sociale weimariano nella Francia della Terza Repubblica*, cit.).

<sup>(46)</sup> Pubblicata a partire dal gennaio 1934 e prossima al « socialismo costruttivo », il suo direttore è Pierre Ganivet e tra i collaboratori ritroveremo un gruppo di personalità di spicco della sinistra francese come M. Leroy, Georges Lefranc, Robert Lacoste, André Philip, e Le Corbusier. Troviamo anche E. Berth ed E. Dolléans, e persino E. Lévy viene citato tra i principali collaboratori.

sier...), a illustrazione del programma perseguito dalla pubblicazione. Alcuni di questi intellettuali si incontreranno nel 1934 nel Bureau di studi economici che la CGT mette in piedi per lavorare allo sviluppo di un piano adottato nel medesimo anno <sup>(47)</sup>.

Gurvitch pubblica due saggi, significativi sia per le preoccupazioni che lo animano in quel momento, sia per le distanze che sarà portato a prendere con i pianificatori, in nome del pluralismo. Il primo parla di « I sindacati e l'interesse generale », dove quest'ultimo viene presentato, per evitare ogni rischio di semplificazione, come « un equilibrio di interessi opposti » <sup>(48)</sup>. In termini filosofici, l'interesse generale non è « un genere astratto, ma un *universale concreto*, in cui gli interessi opposti trovano il loro posto insostituibile ». Da qui l'importanza della conclusione politica per noi: « Al pluralismo degli aspetti di interesse generale dovrebbe corrispondere un pluralismo di organizzazioni equivalenti che si consultano reciprocamente e collaborano insieme » <sup>(49)</sup>.

Nel suo secondo contributo, mira direttamente alla elaborazione di Henryk de Man, sottolineando la mancanza di un reale controllo da parte degli interessati nel suo modello <sup>(50)</sup>. Questo controllo non poteva venire dal parlamento ma « dagli organi della Democrazia industriale, dai consigli di fabbrica, dai consigli regionali, dal Consiglio economico nazionale non truccato ma realmente fondato sui consigli di fabbrica, che sono in grado di esercitare questo controllo indispensabile » <sup>(51)</sup>. Gurvitch riassume la sua opi-

---

<sup>(47)</sup> G. LEFRANC, *Essais sur les problèmes socialistes et syndicaux*, Paris, Payot, 1970. Nonostante le compromissioni di alcuni di questi uomini con il « collaborazionismo » sotto l'occupazione di Francia, Gurvitch continuerà a rivendicare la corrente dopo la Guerra, con un'ellissi nel nome (egli parlerà di « sindacalismo costruttivo »).

<sup>(48)</sup> G. GURVITCH, *Les syndicats et l'intérêt général*, in « L'Homme réel », gennaio 1934, 1, p. 15.

<sup>(49)</sup> Ivi, p. 16, p. 19.

<sup>(50)</sup> G. GURVITCH, *Le plan et la démocratie industrielle*, in « L'Homme réel », dicembre 1934, 12. Si tratta di un testo tratto dagli « Entretiens de Pontigny » del 14-16 settembre 1934, dove si discute l'idea di piano sotto la direzione del belga Henryk De Man. Tra gli altri, partecipano Bertrand de Jouvenel e « i nostri amici » Gurvitch, Robert Lacoste, Lucien Laurat, Else Eick e Pierre Ganivet.

<sup>(51)</sup> Ivi, p. 26.

nione con una formula ben conosciuta: « L'autorità rafforzata dello Stato deve essere diretta contro lo Stato stesso »<sup>(52)</sup>.

Sedotto dall'esperienza di Franklin D. Roosevelt, egli elogia tuttavia l'esperienza di Weimar e l'art. 165 scritto dal suo « amico » Sinzheimer, per quanto ritenga che la social-democrazia, che diffidava della democrazia industriale, abbia una pesante responsabilità nel suo fallimento. Nella conclusione del suo discorso, la sua concezione viene così riassunta: « La democrazia politica oggi è possibile solo se è fortemente sostenuta e in qualche modo fondata sulla Democrazia industriale, che da sola può ripristinare la fiducia delle masse nei principi democratici, principi senza i quali il socialismo è solo una parola priva di significato »<sup>(53)</sup>.

Qualsiasi rafforzamento dell'autorità dello Stato deve essere « a beneficio di una democrazia industriale fortemente radicata » che porti all'annientamento dello Stato stesso. Altrimenti, l'economia diretta può essere trasformata in « un nuovo mezzo di oppressione della classe operaia, una sorta di capitalismo organizzato ». Per questo motivo, quando nel gruppo si presenta una tentazione corporativista, Gurvitch interromperà la sua collaborazione, ma la rivista continua a citarlo tra le sue firme principali.

### 3. *Un programma politico per il pluralismo.*

Abbiamo appena ricordato il crescente interesse che Gurvitch mostrava per il *New Deal* di Roosevelt perché, secondo lui, era diventato l'esperimento sociale più corposo dell'epoca, una vera e propria rivoluzione che « continua la tradizione liberale nel senso del liberalismo anti-individualista e il cui culmine è il socialismo ». Per lui, « il liberalismo di oggi presuppone la realizzazione di una democrazia industriale e l'affermazione di un pluralismo di organizzazioni »<sup>(54)</sup>.

Nonostante le speranze socialiste fossero state nel frattempo deluse, questo riferimento sembra sempre più sostituire quello alla

---

<sup>(52)</sup> Ivi, p. 27.

<sup>(53)</sup> Ivi, p. 38.

<sup>(54)</sup> G. GURVITCH, *Libéralisme et communisme. Une réponse à M. Ramon Fernandez*, in « Esprit », giugno 1934, p. 449.

Repubblica di Weimar nella sua riflessione posteriore <sup>(55)</sup>. Gurvitch aveva potuto osservare i risultati del governo democratico sul posto, poiché si era trasferito a New York all'inizio della guerra <sup>(56)</sup>.

Il testo più importante di questo periodo è *La dichiarazione dei diritti sociali*, pubblicata per la prima volta nel 1944 a New York <sup>(57)</sup>. L'orientamento socialista è sempre chiaro: una dichiarazione dei diritti sociali significa « proclamare in modo giuridico la negazione di ogni sfruttamento ». Quando torna in Francia, l'anno successivo, Gurvitch nutre altre ambizioni oltre a quelle puramente intellettuali. In ogni caso, si affrettò a ripubblicare il suo libro all'inizio del 1946, con l'obiettivo, ammesso apertamente in seguito, di ispirare la nuova costituzione francese, in corso di elaborazione nella Assemblea nazionale in quello stesso frangente <sup>(58)</sup>.

L'opera non è, in senso stretto, un testo giuridico: egli la definirà come un « programma consapevole di azione politico-sociale ». Ci troviamo di fronte ad un vero e proprio modello di Stato federalista, che si esprime nella proposta di un insieme di istituzioni paritarie, tipo « consigli » (di controllo, di gestione, di giurisdizione,

---

<sup>(55)</sup> La prima edizione del più importante libro dell'epoca, *La déclaration des droits sociaux*, includeva tre appendici che presentavano un « Estratto del discorso del presidente Roosevelt del 7 giugno 1941 » (I, pp. 185-186); « Il Progetto della Nuova Dichiarazione dei Diritti dell'U.S. National Resources Planning Board, 1943 » (II, pp. 187-188); un « Estratto del discorso del presidente Roosevelt del 12 gennaio 1944 » (III, pp. 189-190), tutti in inglese.

<sup>(56)</sup> Gurvitch raggiunge gli Stati Uniti dopo l'armistizio del 1940. L'esilio newyorkese è un luogo dove le idee della Resistenza abbondano, in particolare attraverso i gruppi di ricerca dell'École Libre des Hautes Études, creata all'interno della New School for Social Research, sotto l'egida del governo della Francia Libera — Gurvitch è responsabile di un corso di « Sociologia francese » e della direzione del suo Istituto di Sociologia. Anche le pubblicazioni in francese sono importanti in questo contesto, tra cui *La République française* diretta dal suo ex compagno di loggia (che ora detesta ...) Mirkine-Guetzévitch, con cui Gurvitch collabora una volta.

<sup>(57)</sup> Questa prima edizione ebbe una tiratura abbastanza ridotta (200 copie), ma fu pubblicata nella prestigiosa collana « Civilisation » diretta da Jacques Maritain presso le Éditions de la Maison française.

<sup>(58)</sup> Cf. C.M. HERRERA, *Les droits sociaux, entre démocratie et droits de l'homme*, introduzione a GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, cit., pp. V-XXII.

ecc.), fino al Consiglio economico nazionale, l'organo di governo della vita economica della nazione <sup>(59)</sup>.

La natura politica dei diritti sociali, cioè, l'inclusione del pluralismo nella sua dimensione istituzionale, si riflette nella definizione stessa che egli propone. Infatti, concependoli come « diritti *di partecipazione di gruppi e individui* derivanti dalla loro integrazione in gruppi, e garantendo il loro carattere democratico di questi ultimi », li associa intimamente alla democrazia. È un diritto della società, che si esprime attraverso i suoi stessi gruppi, perché per lui, ripetendo la formula di Proudhon, si tratta sempre di socializzare la libertà, non di sopprimerla.

Gurvitch difende la forma stessa di una « Dichiarazione dei diritti » con argomentazioni politiche. Secondo lui, questi diritti raggruppati in forma solenne operano come simboli giuridici dei valori e delle idee propri di una data struttura sociale e di una situazione storica concreta. In questo senso, le dichiarazioni sono ponti tra l'ideale e il reale, permettendo la loro comunicazione, nonché il loro rinnovamento. Per questa ragione la Francia della Liberazione, come sostenuto dalla maggior parte dei suoi giuristi, aveva la necessità di una nuova dichiarazione e di nuovi diritti — secondo Gurvitch, la pretesa di una dichiarazione poteva essere letta anche come un tentativo solenne di liberare le istituzioni sociali e sindacali da qualsiasi sopravvivenza corporativa.

Se i diritti sociali non devono essere confusi con le « promesse » della legislazione sociale dello Stato, gli interessati devono essere attori dei propri diritti, sia nel generarli che nel difenderli. Per questo motivo la loro effettiva garanzia richiede un « legame indissolubile » tra diritti e procedure democratiche che consentano agli individui di affermare la propria autonomia e libertà nelle istituzioni <sup>(60)</sup>.

Il pluralismo è sempre un presupposto e, allo stesso tempo, un

---

<sup>(59)</sup> La sua funzione è complessa, in quanto è anche l'organo supremo della proprietà sociale federalizzata.

<sup>(60)</sup> Questa concezione, che cerca di distinguere tra semplici « promesse » e « diritti », lo porta a vedere i diritti sociali come diritti soggettivi, che devono dare agli individui e ai gruppi competenze e in particolare la possibilità di interporre azioni giuridiche autonome e creative.

corollario, che, in termini di diritto positivo, funziona come una garanzia — c'è proprio un diritto al pluralismo nella sua Dichiarazione, all'interno dei diritti sociali dell'uomo <sup>(61)</sup>. Ogni gruppo ha la capacità di generare le proprie regole, di costituire un proprio ordinamento giuridico che ne struttura l'esistenza come gruppo, purché sia in grado di garantirne un minimo di validità. Questo diritto sociale che nasce spontaneamente dalle relazioni sociali può poi entrare in contatto con l'ordine statale. L'importante è che rimanga basato sulla fiducia nello sforzo comune dei membri del gruppo e sulla partecipazione di tutti i membri, senza essere confuso con le idee di subordinazione o di delimitazione veicolate dal diritto statale, compresa quella sulla politica sociale. Il diritto sociale nasce sempre dal basso e dall'interno; è solo allora che diventa un « diritto sociale organizzato », senza perdere, a rischio di snaturare se stessa, la sua filiazione con lo spontaneo.

Per Gurvitch, la sua dichiarazione include unicamente forme di diritto sociale extra-statali. In questo modo, non vuole solo insistere sul fatto che questi diritti e le loro garanzie derivano dalla partecipazione di individui e gruppi in raggruppamenti indipendenti; cerca altrimenti di associare la realizzazione dei diritti sociali ad un cambiamento sociale che si allontana sempre più dal riformismo per aderire a percorsi più radicali.

Il pluralismo è sempre collegato al socialismo. Ma è ancora la dimensione pratica, persino militante che vogliamo sottolineare. Così, proprio nel momento in cui viene pubblicato il suo saggio sui diritti sociali, lancia dalle pagine della rivista *Esprit* in un anno cruciale come il 1946 un potente appello per l'unità del movimento operaio francese, in un articolo che abbiamo recentemente sottratto all'oblio <sup>(62)</sup>. Non si tratta per nulla di un indirizzo astratto: Gurvitch propone la costituzione di un « Partito operaio francese unificato » in grado di superare la divisione tra i due partiti della classe operaia, quello socialista e quello comunista, che egli giudicava entrambi privi di zelo rivoluzionario — li considera responsabili del fallimento dell'Assemblea costituente. Egli ritiene infatti che la

---

<sup>(61)</sup> L'art. LVIII.

<sup>(62)</sup> Cfr. HERRERA, *Les droits sociaux, entre démocratie et droits de l'homme*, cit., pp. V-XXII.

SFIO sia troppo incline al compromesso, ancor più dopo il crollo del partito radicale, e che i comunisti siano troppo legati alla difesa dell'Unione Sovietica, imponendo così artificialmente « un'eccessiva moderazione » alle masse comuniste militanti. Allo stesso tempo, se il primo è troppo poco strutturato, il secondo è prigioniero della sua organizzazione <sup>(63)</sup>.

La posta in gioco non è altro che una « nuova rivoluzione francese ». Gurvitch ritiene che gli ostacoli ideologici alla formazione della nuova organizzazione non siano insormontabili: la costituzione del nuovo partito, che deve riunire la CGT oltre alla SFIO e al PCF, richiede l'azione dei comitati di intesa di base, soprattutto a livello sindacale. Infatti, per lui, le esperienze nei paesi anglosassoni e in Belgio dimostravano chiaramente che « le organizzazioni sindacali possono entrare in blocco in un partito politico operaio, senza sacrificare in alcun modo né il loro programma specifico né l'autonomia del loro movimento » <sup>(64)</sup>. I sindacati sono quindi al centro della costituzione del partito, in quanto incoraggiano e arbitrano le « intese spontanee tra le organizzazioni locali dei due partiti ».

C'è bisogno di un programma d'azione concreto per raggiungere questo obiettivo di unità. E deve essere « l'immediata e completa socializzazione del settore predominante dell'economia francese », basata sulla sintesi tra pianificazione e rappresentanza diretta dei lavoratori a tutti i livelli dell'organizzazione economica, escludendo qualsiasi rappresentanza padronale. Il programma del nuovo partito, infatti, deve essere anti-patronale e anti-tecnocratico, fondato sulla democrazia industriale: rappresentanza maggioritaria dei lavoratori nei luoghi di lavoro coinvolti nel controllo ma soprattutto nella gestione, oltre che negli organi di pianificazione. Per quanto riguarda il programma dettagliato, egli rimanda alla sua *La dichiarazione dei diritti sociali*.

Qualche anno dopo, nel 1953, Gurvitch si mostrerà molto pessimista sulle esperienze di democrazia industriale del dopoguerra. Non nascondeva la sua amarezza perché « tutte le esperienze di democrazia industriale finora compiute si sono concluse con

---

<sup>(63)</sup> Cfr. G. GURVITCH, *Vers l'unité ouvrière*, in « Esprit », febbraio 1946.

<sup>(64)</sup> Ivi, p. 278.

cocenti fallimenti e deprecevoli sconfitte » (65). Le ragioni di ciò sono la mancata inclusione dei consigli di fabbrica nelle istituzioni e l'impossibilità di separare l'instaurazione della democrazia industriale dalla nazionalizzazione di tutti i settori importanti dell'economia e da una pianificazione generale. Ma non è tanto la democrazia industriale ad essere in discussione, quanto le sue possibilità di realizzazione sotto il capitalismo, cioè il riformismo. Per lui, invece, la democrazia industriale era inseparabile da un'economia pianificata e nazionalizzata, al punto da diventare una sola e unica cosa (66). Da qui una conclusione molto radicale: « La democrazia industriale non può essere raggiunta senza la rivoluzione sociale » (67).

Senza specificarli realmente, dice di voler correggere i punti che considera errati nel suo libro sui diritti sociali perché, forse, sono legati all'ipotesi del funzionamento delle istituzioni sociali nell'ambito di un'economia almeno parzialmente nazionalizzata (68). Ma gli errori sono dovuti principalmente al tipo di articolazione tra la partecipazione dei lavoratori e dei consumatori, la nazionalizzazione dell'economia e la pianificazione, in altre parole, all'elemento puramente politico del suo pensiero.

Più tardi, Gurvitch dirà che gli ordinamenti giuridici corrispondenti alle classi sociali hanno un ruolo ridotto, per il fatto che in questi raggruppamenti fattuali e aperti « predominano soprattutto masse e comunioni poco favorevoli al diritto » (69).

---

(65) G. GURVITCH, *Les voies de la démocratisation industrielle*, in « Esprit », giugno 1953, p. 965.

(66) G. GURVITCH, *La représentation ouvrière et le problème des nationalisations. « Conseil de contrôle » et « Conseils de gestion »*, in « Esprit », gennaio 1946, p. 111.

(67) GURVITCH, *Les voies de la démocratisation industrielle*, cit., p. 966.

(68) Si noti, tuttavia, che la correzione è sempre fatta in relazione al suo progetto, e non alle istituzioni sociali che la Quarta Repubblica può aver creato nel frattempo.

(69) GURVITCH, *Traité*, cit., p. 1066. Gurvitch aggiungerà che l'ordinamento giuridico autonomo della classe proletaria « riguarda preferibilmente le manifestazioni di solidarietà dei lavoratori, la libertà di sciopero e il boicottaggio degli crumiri, il diritto del lavoro e il diritto al lavoro, il diritto di formare sindacati, il ripudio dell'autocrazia, sia dei datori di lavoro, sia statale, nella determinazione dei salari, nel mantenimento della disciplina nelle fabbriche e nella regolazione delle condizioni di lavoro ». Dalle forme di contrattazione, come il contratto collettivo o soprattutto l'intuizione diretta degli

Quindi, un altro Gurvitch, più attento al legame politico? In ogni caso, l'accesso dei lavoratori al potere economico, facendo così della democrazia industriale il cardine dell'economia socializzata, non sembrerebbe più sufficiente, alla luce dell'esperienza storica. Egli parla di una democrazia industriale « imposta dal governo politico nato dalla rivoluzione sociale » (70). Naturalmente il processo può essere più o meno veloce « in funzione della struttura concreta del potere politico, del grado di indipendenza lasciato alle organizzazioni internazionali e infine della congiuntura internazionale » (71). Non si tratta di una rappresentazione astratta: la Seconda guerra mondiale, e in particolare il coraggio dei comunisti nella Resistenza, lo aveva portato a moderare i suoi giudizi e a trovare delle potenzialità federaliste nell'URSS. È pronto non solo a pensare d'ora in poi, come già affermato nel suo articolo del gennaio 1946, che l'opposizione tra Marx e Proudhon fosse troppo esagerata, ma a riconoscere ancora le componenti antiautoritarie, per lo meno antistataliste, di Lenin.

Gurvitch va oltre nel suo testo del 1953, dove sostiene che l'URSS si sta evolvendo in una democrazia industriale, e quindi verso una liberalizzazione che porterà al riconoscimento del pluralismo — egli si basa su embrioni di controllo operaio nelle fabbriche sovietiche e in primo luogo sull'organizzazione dei kolchoz. Soprattutto, crede di notare un'incarnazione delle sue idee — parla addirittura di un « inizio della realizzazione di questo programma » — nelle istituzioni della Jugoslavia di Tito all'inizio degli anni Sessanta del secolo scorso. Si tratterebbe di un riformismo, forse in un senso pluralistico, in alcuni regimi economici nazionalizzati e pianificati post-rivoluzionari (72).

In ogni caso, Gurvitch difenderebbe l'esistenza di società pianificate secondo i principi del collettivismo decentralizzato, dove il diritto sarebbe la prima forma nella gerarchia delle regolamentazioni sociali. Questo diritto esprimerebbe l'equilibrio tra l'ordina-

---

interessati, nasce sempre « un diritto nuovo, spontaneo e flessibile ». Allo stesso tempo, riconosce che l'ordine sindacale è più rigido e più efficiente.

(70) GURVITCH, *Les voies de la démocratisation industrielle*, cit., p. 968.

(71) Ivi, pp. 968-969.

(72) Ivi, p. 970.

mento giuridico dello Stato territoriale e quello dell'organizzazione di pianificazione indipendente, su base comune e federalista, con, in ultima istanza, un tribunale supremo per la risoluzione dei conflitti.

E il pluralismo raggiunge il suo apice, perché la diversità delle forme di riconoscimento e di espressione di questo sistema di diritto « sarebbe così grande quanto quelle degli ordinamenti giuridici che si controbilanciano a vicenda » (73).

\*

La riflessione sul diritto sociale, progettato pluralisticamente nel suo profilo istituzionale, struttura, arricchendola, il progetto politico di Gurvitch. Ha proprio un senso teorico fondamentale, più determinante della stessa riflessione sul « consiglio » come forma di diritto sociale organizzato — non per caso, i consigli sono sviluppati, nella Dichiarazione, all'interno del diritto di lavoro. Se all'inizio questa proposta si ferma all'organizzazione dei raggruppamenti sociali, la pianificazione diventa nel corso degli anni Trenta una componente centrale per la realizzazione di un nuovo ordine, la cui forma costituzionale si incarna alla fine nei diritti sociali, come incarnazione e garanzia di pluralismo. I diritti sociali possono essere visti nel suo pensiero politico come il punto di convergenza tra la pianificazione economica e l'attività dei gruppi sociali, una socializzazione senza statizzazione tradotta in istituzioni pluraliste.

L'evoluzione è visibile nella strategia politica che questo progetto implica. Dopo che i limiti del *Welfare State* sono diventati evidenti, l'attenzione si sposterà più direttamente sulla rivoluzione sociale per consentire l'emergere di un nuovo potere politico post-rivoluzionario che colleghi i consigli, la pianificazione e la nazionalizzazione. Ma i diritti sociali possono ancora incarnare questa politica nel suo aspetto pluralistico più fondamentale: l'inclinazione antistatale. Nel concepirli inoltre come diritti umani, una grammatica specifica investe questo programma: è la « libertà e la dignità umana dei lavoratori » che deve essere liberata dall'assolutismo e dall'arbitrarietà del feudalesimo economico, nonché dalla tecnocra-

---

(73) GURVITCH, *Traité*, cit., p. 1076.

zia di chi pretende di dirigere la produzione <sup>(74)</sup>. Per questo motivo le nazionalizzazioni non bastano a disegnare un nuovo ordine più delle politiche sociali dello Stato.

Per Gurvitch i diritti sociali sono inseparabili dalla politica democratica, una struttura plurale del potere imperniata sui gruppi sociali, ma orientata da una politica socialista, perché per lui non ci sono diritti sociali, nel senso proprio, senza socializzazione della proprietà privata.

---

<sup>(74)</sup> G. GURVITCH, *La représentation ouvrière et le problème des nationalisations*, cit., p. 108.

CARLOS PETIT

## UNA FOTOGRAFÍA DE 1924, O EL RADIO VARIABLE DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

1. Presentación. — 2. *La Faculté Nouvelle* (de Lyon al Cairo). — 3. El congreso y la Exposición (métodos y *groupes*). — 4. De París a La Haya (el derecho comparado como *disciplina*). — 5. Monismo, pluralismo y comparación: paradojas de una disciplina jurídica.

### 1. *Presentación.*

No es una instantánea cualquiera. La fotografía de estas cuatro personas documenta un momento y plasma una intención. Tres hombres en pie junto a otro, de mayor edad y menor estatura, entronizado en un sillón: se trata de Édouard-Ferdinand Lambert (1866-1947), catedrático de Derecho en la Universidad de Lyon y allí fundador del *Institut de droit comparé* (1921), centro pionero para la investigación científica de la incipiente especialidad; fotos familiares e institucionales — basta consultar la utilizada en las *mélanges* que sus amigos le dedicaron con motivo de la jubilación — revelan sin duda alguna la identidad del personaje <sup>(1)</sup>. La apariencia de los demás es igualmente elocuente cuando se cruza con los volúmenes de la *Bibliothèque de l'Institut*, notable colección de estudios monográficos, nacida en 1922 para difundir los trabajos realizados bajo la dirección del primero.

El aspecto anglosajón del joven situado a la derecha, con bigotes rubios y corbata *papillon* revela que se trataba de Max Judd Wasserman (1895-1977), un economista que vino de Chicago para

---

<sup>(1)</sup> Cfr. *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert* I-III, Paris, Librairie de la Société anonyme du Recueil Sirey — Librairie générale de Droit et Jurisprudence, 1938; *vid.* I, retrato fotográfico en [p. II], obra del estudio Blanc et Demilly (Lyon).

trabajar en Lyon (1923-1925), donde se doctoró con un ensayo sobre la *Federal Trade Commission* (2). A la izquierda del sillón nuestra foto presenta la imagen de un hombre más joven, de cara redonda y gafas que también lo son; gracias a la recordada *Bibliothèque* y la cadencia de sus publicaciones no cuesta mucho esfuerzo precisar que este estudioso de rasgos asiáticos era James Woo, o James Woo K'ai-Sheng [吴凯声] (1900-1997), autor de una disertación sobre la Constitución del Kuomintang que, siempre en 1925, Lambert prologó y editó (3). Junto a Woo aparece finalmente un tercer personaje de tez oscura y cuerpo recio, cabellos y bigotes negrísimos, pronto discípulo favorito: el egipcio 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhûrî (1895-1971), doctorado con una tesis sobre los límites contractuales a la libre iniciativa del trabajador en la jurisprudencia inglesa que fue igualmente publicada y prologada por el maestro común (4). América, Asia y África alrededor de la vieja Europa que gobernaba los saberes — el derecho comparado, por lo menos — creo que la fotografía se tomó en 1924, cuando sus cuatro protagonistas coincidieron en el *Institut* de la facultad, 15, quai Claude-Bernard de la hermosa villa de Lyon (5). No en vano el *Annuaire* de la Universidad, al presentar el *Institut de droit comparé* y sus actividades, reconocía como uno de sus objetivos « recruter de nouveaux adeptes pour ce genre de recherches et les aider à faire connaître les résultats de leurs investigations » (6).

---

(2) *L'œuvre de la Federal Trade Commission. La dernière phase de la législation américaine contre les trusts, la spéculation illicite et les pratiques commerciales déloyales*, Paris, Marcel Giard, 1925.

(3) James WOO, *Le problème constitutionnel chinois. La Constitution du 10 octobre 1923*, Paris, Marcel Giard, 1925; para el *Institut* de Lyon dejó otro libro sobre un asunto del momento: *La Politique Étrangère du Gouvernement National de Chine et la Révision des Traités Inégaux*, Paris, Marcel Giard, 1931.

(4) A.A. AL-SANHOURY [= 'al-Razzaq Ahmad al-Sanhûrî], *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle du droit et du standard juridique*, Paris, Marcel Giard, 1925.

(5) A modo de ilustración bibliográfica de nuestra fotografía, cfr. « Bulletin de la Société de Législation comparé » [BSLC], 55 (1925-1926), pp. 469-472 (Georges Blondel).

(6) *Annuaire de l'Université de Lyon. Libret de l'étudiant. Année scolaire 1946-1947*, Lyon, Bosc frères, 1946, p. 126.

Los libros de los ‘reclutas-adeptos’ aconsejan observar, en general, las estrategias que siguió Lambert para formar investigadores noveles y convocar en Lyon a estudiantes extranjeros desde su acceso a la cátedra en 1900 (§ 2); justamente el año de aquel congreso de París que dio carta de naturaleza al derecho comparado entre las especialidades jurídicas, donde Lambert desempeñó una función de relevancia (§ 3). Pero el tiempo no pasó en vano. A pesar de su reciente creación (1921), cuando se tomó la foto el *Institut de droit comparé* destacaba mundialmente en el análisis del *common law* — apenas intuido por los juristas continentales — y el conocimiento de otras experiencias más exóticas, causa y efecto de los inesperados discípulos que posaban junto al maestro. La amplitud de cuestiones y la variedad temática respondían a un programa de estudio del derecho « *comme science sociale et comme science internationale* », por expresarlo en los términos de Lambert (7). Si la enseñanza del derecho francés como un orden único, legal y nacional en manos de profesores que reproducían la cultura del *Code Napoléon* resultaba una incómoda herencia en el cambio de siglo, en la primera post-guerra esta concepción tan localista y simple saltó definitivamente por los aires, no en último lugar por el arraigo de una nueva *disciplina* científica en la *iuris cyclopaedia* (§ 4). Demasiados e importantes asuntos — destaca sin duda el motivo de la unificación jurídica a escala internacional — que apenas puedo abordar en la circunstancia presente. Tras este avance (§ 5), queda su estudio para mejor ocasión (8).

## 2. *La Faculté Nouvelle (de Lyon al Cairo).*

A finales de 1909 *la Faculté Nouvelle* no sólo era el elegante palacio situado en la rivera del Ródano. Inaugurado trece años atrás

---

(7) Y el texto mayor sin duda fue Édouard LAMBERT, *L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale*, en Robert Valeur, *L'enseignement du droit en France et aux États-Unis*, Paris, Marcel Giard, 1928, pp. VIII-CXXII.

(8) Mientras tanto, *vid.* Thierry KIRAT, *La méthode de jurisprudence comparative d'Édouard Lambert et son destin tragique*, en *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III<sup>e</sup> République. La Faculté de droit de Lyon*, David Deroussin (ed.), Paris, Éd. La Mémoire du Droit, 2007, pp. 213-233.

para albergar las facultades de Derecho y de Letras, el noble edificio diseñado por Abraham Hirsch podía aún resultar una *novedad* para los ciudadanos de Lyon, poco acostumbrados a cruzar el río para ir a la casa universitaria, mas los estudiantes de quai Claude Bernard probablemente ni siquiera recordaban que sus padres se habían formado en el *Petit Collège* del 5º distrito, abierto a la enseñanza del Derecho en noviembre de 1875 <sup>(9)</sup>.

Entre los jóvenes de la margen izquierda la *Faculté Nouvelle* fue también el título de una revista... en el sentido teatral del término <sup>(10)</sup>. La pieza subió a las tablas (« dans les Salons Moderni »), poco antes de las navidades de 1909, para amenizar el encuentro de la Asociación de Antiguos de Estudiantes de Derecho; su autor, un Alphonse Amieux, flamante « avocat à la Cour d'Appel de Lyon », era conocido como un aficionado a las parodias jurídicas: siendo estudiante había encontrado inspiración para sus bromas escénicas nada menos que en el *Code Napoléon* <sup>(11)</sup>.

La figura de *Delaunay*, « appariteur » de la nueva sede, marcaba desde la escena primera el ambiente pintoresco que interesa evocar. Vestido a la morisca (« immense chéïa rouge... ses pantalons européens dépassent le burnous »), no se separaba de una gramática árabe que sobresalía de su bolsillo, pues el bedel intentaba aprender los rudimentos de esta lengua. « Tout le monde s'habille en Turc depuis qu'il y a des Égyptiens », advertía algo después al fantasma de *Gayo*, con quien *Delaunay* compartía diálogos; « l'uniforme des professeurs est changé. Robe blanche, fez rouge » (p. 6), y en efecto, al comparecer uno de estos profesores el autor lo presentaba « en

---

<sup>(9)</sup> Cfr. M[aurice] DEFOURMANTELLE, *Le cinquantenaire de la faculté de Droit de l'Université de Lyon*, en BSLC, 55 (1925-1926), pp. 324-327; Nicole DOCKÈS-LALLEMENT, *La fondation de la Faculté de droit de Lyon*, en *La Faculté de droit de Lyon. 130 ans d'histoire*, Hugues Fulchiron (dir.), Lyon, Éditions Lyonnaises d'Art et d'Histoire, 2006, pp. 27-59.

<sup>(10)</sup> *La Faculté Nouvelle*. Par M.A. Amieux [...], Lyon, A. Rey et C<sup>ie</sup>, imprimeurs, 1910. El autor intervino en la representación de su obra, en el papel de *Père Quinquenet*.

<sup>(11)</sup> *Cent Ans après!* Pièce en 2 actes, par M. Alphonse Amieux, avec prologue et illustrations par MM. X [...] et T. Vaell, représentée à Lyon, le 22 mars 1904, à l'occasion du centenaire du Code civil. Lyon, A. Rey, 1904. Cfr. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 4 (1905), p. 246 (A. C.).

arabe, fez rouge, lunettes » (p. 35). Dos estudiantes egipcios (escena quinta) acentuaban el aire pseudo-musulmán de esta « facultad nueva » árabo-francesa.

No estamos, desde luego, ante otra manifestación de orientalismo *belle époque*, aunque la construcción dramática de los protagonistas arrastrase los tópicos y prejuicios que cabía temer. A la presencia de los estudiantes egipcios Amieux añadía el toque más insólito de un esquimal (escena séptima) para devolver la imagen de un establecimiento donde la existencia de una colonia extranjera era rasgo definitorio. La base real de la sátira se reflejaba en las estadísticas oficiales: por esas fechas Lyon atraía un total de 176 estudiantes foráneos, en buena medida (73) inscritos en Derecho, donde los provenientes de Egipto (59) mantenían una presencia llamativa <sup>(12)</sup>. Con admirable coherencia el Consejo de la Universidad debatía por entonces la « fondation d'un Institut de l'Université de Lyon en Orient », destinado a producir sus frutos después de la Guerra <sup>(13)</sup>.

Uno de los trucos de la *La Faculté Nouvelle* (escena quinta) nos sirve para identificar al responsable de aquella atmósfera 'oriental' que ridiculizaba la obra:

— *L'adjutant*: Passons maintenant au chapitre II de la théorie mondaine que je vous ai commencée l'autre jour. (*Solennel.*) N'oubliez pas avant tout, que vous êtes des âmes neuves, naïves et innocentes, et que vous avez une certaine habitude de la liberté du désert. Vous êtes, comme qui dirait, les enfants des douars!...

— *Premier et deuxième étudiants égyptiens*: Vive Lambert!

— *L'adjutant*: Je vous ai parlé des douars égyptiens et non pas de votre professeur: votre exclamation est perturbatrice et anticipée... comme on dit dans le monde, bien que flatteuse...

---

(12) Cfr. Ministère de l'Instruction publique et des Beaux Arts, *Enquêtes et Documents relatifs à l'Enseignement Supérieur. CIV Rapports des Conseils des Universités pour l'année scolaire 1910-1911*, Paris, Imprimerie Nationale, 1912, p. 253 y ss.

(13) Cfr. *Conseil de l'Université de Lyon — Procès verbaux (Archives Départementales du Rhône [ADR] sig. 1 T 275)*, sobre lo que se volverá más adelante. Pero la presencia del derecho francés en Egipto, relacionada — lo veremos enseguida — con Lambert, databa de antes: Catherine FILLON, *L'enseignement du droit, instrument et enjeu de la diplomatie culturelle française. L'exemple de l'Égypte au début du XXe siècle*, en « Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle », 29 (2011), pp. 123-144.

En realidad, este [d']Édouard / [D]es-douars Lambert — el hombre de carne y hueso camuflado bajo el carácter del *Professeur* en la obra de Amieux<sup>(14)</sup> — vitoreado gracias a una equívoca paronomía había llegado a Lyon tras vencer el *concours d'agrégation* a finales de 1896 (1 de diciembre, nombrado el 13); el último concurso unitario al profesorado de Derecho, donde Lambert coincidió con candidatos eminentes (Emmanuel Lévy, Louis Josserand, Paul Huvelin) que luego serían compañeros de facultad<sup>(15)</sup>. Excelente estudiante en la de París (1886), doctorado en 1893 con un trabajo sobre el contrato a favor de tercero, autor dos años después de un volumen sobre derecho sucesorio<sup>(16)</sup>, laureado por el Ministerio de Instrucción Pública (1896), Édouard Lambert — « un jeune agrégé qui venait d'obtenir la première des huit places mises au concours » — comenzó su carrera en 1895-1896, con la enseñanza de la historia del Derecho en licenciatura (« chargé du cours d'Histoire générale du Droit français ») y doctorado (« Histoire du Droit Privé »)<sup>(17)</sup>. Los informes que las autoridades universitarias, en especial el decano Exupère Caillemer (1837-1913), elevaban al ministerio presentan al joven agregado como un enseñante sin brillantez pero desde luego eficaz, apreciado por sus compañeros y

---

(14) De nuevo aparecía Lambert a propósito de un examen de derecho romano (« Monsieur, qu'est-ce que le droit romain? ») en la respuesta de un ficticio *Étudiant lyonnais*: « Un vain fantôme. Je n'en veux pour preuve que les controverses qui se sont élevées au sujet de l'existence de la loi des Douze Tables. D'éminents professeurs et non des moindres ont soutenu que les Douze Tables n'avaient jamais existées » (escena séptima, p. 42). Se recordaban los escritos publicados por Lambert contra la autenticidad de las Doce Tablas (1902-1903).

(15) Para todo esto, *Archives Nationales* (Paris), F/17 24513 con su *dossier* personal; también F/17 4442 para el concurso de 1896. Sobre los veinticuatro candidatos, además de Lambert con el número uno, contamos con *SIPROJURIS. Système d'information des professeurs de droit (1804-1950)*, Catherine Fillon (dir.), <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/50045> para Lambert.

(16) Édouard LAMBERT, *Droit romain — Droit français. La Stipulation pour autrui. De la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant*, Thèse pour le Doctorat, Paris, A. Giard & E. Brière, 1893; del mismo, *De l'exhérédation et des legs au profit d'héritiers présomptifs. Le droit de succession en France, son fondement, sa nature, ibid.*, 1895.

(17) La referencia al éxito en el concurso aparece en un informe de Exupère Caillemer (cfr. Université de Lyon — Faculté de Droit, *Année scolaire 1896-1897*, Lyon, A. H. Storck, 1898, pp. 4-5).

abierto a los estudiantes, volcado siempre en los estudios; testimonian además el respeto intelectual de las autoridades por el retraído colega, que pronto se reveló como enérgico polemista... más allá de la moderación que gustaría a sus mayores. Curso 1896-1897: « M. Lambert nouvellement arrivé à Lyon s'est immédiatement concilié l'affection et l'estime de ses collègues. Il est bien laborieux et ne paraît pas désireux de se créer des relations mondaines. Mais il profite de toutes les occasions que lui son offertes pour entrer en rapport avec les élèves pour leur suggérer des travaux, pour encourager leurs efforts, pour faciliter leurs recherches ». Curso 1897-1898: « Il est très dévoué à ses élèves... Sa parole, sans être très brillante, est correcte et de nature à faire impression sur l'auditeur. M. Lambert expose avec beaucoup de verve et d'entrain, et prend en quelque sorte possession de ses élèves par la vivacité du regard et du geste »<sup>(18)</sup>. Curso 1898-1899: « Il ne paraît pas aimer le monde... Très laborieux, il consacre la majeure partie de son temps à la préparation de ses cours et de monographies... Il se plaint de ne pas trouver à Lyon toutes les ressources scientifiques qui lui sont nécessaires », en particular la bibliografía que le acompañaba en sus primeras incursiones en la comparación jurídica — asumió un curso de « droit civil comparé » — laboriosamente consultada, con permisos y vacaciones, en bibliotecas alemanas. Curso 1899-1900: « Célibataire, vivant au restaurant, M. Lambert est principalement en relations avec ses commensaux, jeunes professeurs ou jeunes magistrats<sup>(19)</sup>... Il possède déjà très bien l'histoire du droit, soit dans

---

(18) Ya en el informe del año anterior Caillemer — había juzgado el concurso de 1896 — advertía que « l'impression de tous les juges de son concours pour l'agrégation a été que nul candidat ne pouvait lui être préféré pour la science acquise, alors même que d'autres sembleraient devoir lui être préférés du point de vue des qualités de forme et d'exposition ». Tal vez por esa razón en el informe de 1897-1898 el decano temía que su sólida preparación como historiador le llevase a tratar argumentos « trop restreints en égard à la variété des programmes [...] Pour les aspirants au doctorat il s'est occupé seulement du droit privé dans la région lyonnaise aux xe et xie et encore n'a-t-il parlé que des tenures, du servage et de la propriété ecclésiastique ».

(19) Antes de pasar a Lyon Lambert convivía *more uxorio* con Marguerite-Valérie Decart y el hijo común René-Édouard (1896-1918); en 1901 nació el segundo hijo, Jacques-Édouard, con los años sucesor en la cátedra paterna; la pareja contrajo tardíamente matrimonio en 1905. Sobre su rechazo de los convencionalismos burgueses

le temps, histoire du droit français, soit dans l'espace, Droit comparé. Les vacances elles-mêmes ne le détournent pas de ses recherches et explorations scientifiques. Il les consacre à des visites aux bibliothèques des pays voisins ». Tras el acceso a la cátedra (29 de julio, 1900), continuaron los cursos de derecho comparado y, por supuesto, los informes para el ministerio, con el contenido habitual. Curso 1900-1901: « Il s'acquitte de tous ses devoirs professionnels avec régularité, même avec zèle, se mettant entièrement à la disposition des élèves laborieux, leur suggérant des travaux, leur communiquant les livres de sa bibliothèque et, au besoin, ses notes personnelles ». Curso 1901-1902: « On n'exagérera pas en disant qu'il est un savant du premier ordre, et qu'il sait exposer très clairement la science qu'il a laborieusement acquise; et cependant il préfère à l'enseignement oral la composition d'œuvres de haute érudition... Un professeur solide, sinon brillant », añadió a su vez el rector, « mais, comme le fait remarquer très justement son Doyen, il préfère les travaux d'érudition à l'expression orale. C'est un savant plus qu'un professeur ». Un año más tarde (curso 1902-1903) la historia del derecho se combinaba con la enseñanza complementaria del « droit civil approfondi » y del « droit international (privé) »: « M. Lambert vit retiré au milieu de ses livres... s'acquitte exactement de ses devoirs envers la Faculté; mais on sent que les recherches d'érudition l'intéressent plus que la vulgarisation, par l'enseignement oral, de notions élémentaires »<sup>(20)</sup>; por ello, el decano adelantaba su mayor desempeño dadas las inclinaciones del joven profesor:

M. Lambert consacre sa vie toute entière à l'étude des institutions juridiques,

---

(« peut-être préjugé laïque hostile au mariage bourgeois ») ha escrito el nieto Denis, otro profesor de la *Faculté Nouvelle*: cfr. Denis-Clair LAMBERT, *Les racines d'un universitaire lyonnais. La saga des familles Lambert et Neuville*, [Lyon], Charvet imprimeurs, 2005, p. 201 y ss. Cuando comencé a interesarme por estas cosas Denis Lambert me orientó de modo generoso y decisivo — en un correcto español, con restos de portugués: pues pasó su infancia en el Brasil — facilitándome además informaciones y materiales que le agradezco.

<sup>(20)</sup> La enseñanza del derecho internacional privado comenzó en el curso 1901-1902, a tenor del arrêté de 23 de octubre, 1901, que lo autorizaba « au lieu et place du cours d'histoire générale du droit français »; se mantuvo en los años siguientes. Cfr. *Archives de l'Université de Lyon, dossier Édouard Lambert*.

les rapprochant dans le temps et dans l'espace. Le volume qu'il vient de publier et qui a près de mille pages n'est que l'introduction du grand ouvrage qu'il prépare. Il y expose ce qu'est à ses yeux la fonction du droit comparé (21). La place de M. Lambert serait dans l'École des Hautes Études, au milieu de jeunes gens désireux de faire progresser la Science du droit dans une nouvelle et plus utile direction... M. Lambert s'était déjà acquis un légitime renom par ses premières publications; mais il vient de fixer encore plus sur lui l'attention par deux œuvres d'ordre très différent. Il attaque dans la première avec une énergie que beaucoup trouvent excessive, la méthode d'exposition du droit civil que des professeurs éminents avaient adoptée et qu'il rend responsable des divergences qu'on a quelquefois signalées entre la doctrine et la jurisprudence; les interprètes du Code civil refusent de tenir compte des développements sociaux, les arrêts accommodant ce Code aux besoins de la société (22). Dans la seconde il s'efforce de démontrer que la prétendue loi des XII tables n'est qu'une compilation de vieux adages juridiques, une sorte d'Institutes coutumières, faites au commencement du II<sup>e</sup> siècle par Sextus Aelius Paetus... Il n'est pas étonnant que les opinions de M. Lambert aient rencontré de nombreux contradicteurs.

La tutela de Lambert sobre aquellas « jeunes gens désireux de faire progresser la science » — más bien pocos: « [ils] sont rares à Lyon » — puede reconstruirse gracias a la colección de tesis que conserva la facultad. Cuando algún estudiante acudía al profesor las líneas de trabajo estaban claras. Frente el habitual tratamiento de puntos institucionales, según estilo predominante en la facultad, las tesis de Lambert abordaban problemas de método y de fuentes del derecho. Fue el caso de un F. Rouvière, interesado en los vínculos entre el derecho y la sociología (1904); que el escrito fuese mediocre importa menos que constatar la presencia del maestro en esas

---

(21) Édouard LAMBERT, *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé. Première série: le régime successoral. Introduction: La fonction du droit civil comparé. Tome Ier: Les conceptions étroites ou unilatérales. Les Moyens d'action du droit commun législatif et les sources du droit national — La Politique juridique, la jurisprudence et la théorie romano-canonique de la coutume — Les Rapports du droit romain et du droit comparé*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903.

(22) Édouard LAMBERT, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, en « Revue Internationale de l'Enseignement » [RIE], 40 (1900), pp. 216-243, que era, en realidad, una reseña de la *Méthode* de François Gény: cfr. Carlos PETIT, *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado en la Belle époque*, en Antonio PADOA-SCHIOPPA, *La comparazione giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, Istituto Lombardo, 2001, pp. 53-98, p. 55 y ss.

páginas sobre « la Méthode Scientifique » (23). El mismo año un Maurice Sauzy desarrolló, con mejor resultado, las propuestas de Lambert en su reseña-comentario a la *Méthode d'interprétation* de François Gény (1900): el repaso de ciertos ejemplos — la estipulación a favor de tercero: un argumento propio de Lambert — en que los tribunales habían realizado una lectura extensiva del *Code civil* permitió a Sauzy concluir acerca del deber doctrinal « d'observer plus attentivement les réalités extérieures », para ofrecer con ello a los jueces principios y reglas que permitiesen « l'élaboration coutumière du droit » (24).

Tres tesis sobre derecho extranjero documentan una segunda línea de interés (25). Resulta evidente que la fuerza atractiva del congreso de 1900, con su radio de intereses limitado a Europa continental y rozando apenas Gran Bretaña (cfr. § 3), se encontraba tras estas tesis y, en general, tras los contenidos del « droit civil comparé » que Lambert impartía en la facultad: enseñanzas de corte monográfico, centradas en alguna institución y atentas a novedades legislativas.

Siendo raros en esos años los trabajos dedicados al Oriente mediterráneo — tampoco hubo muchos estudiantes que lo fueran del derecho musulmán (26) — la arabización de la *Faculté Nouvelle*

(23) Cfr. *Des rapports entre le droit et la sociologie. Essai sur la Méthode Scientifique*, Lyon, impr. de Walthener et C<sup>ie</sup>, 1904.

(24) Maurice SAUZAY, *Essai sur les procédés d'élaboration du Droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 147. No puede extrañar que la tesis de Léonce VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit positif actuel*, Paris, A. Rousseau, 1907, diera cumplida atención a las « Théories opposées à la méthode traditionnelle », p. 125 y ss.

(25) E.I. CARNET, *Les Fiançailles dans les législations Allemande et Suisse*, Lyon, impr. de Walthener, 1903; Victor FORNAS, *Du rôle de l'Exécuteur testamentaire et de l'Administrateur de succession en Angleterre d'après la Land Tenure Act de 1897*, Lyon, impr. de P. Legendre, 1903; Gaston VUCHOT, *Les Exécuteurs testamentaires dans le nouveau Code Civil Allemand*, Paris, A. Rousseau, 1903. Tras la experiencia de Egipto, cfr. Abd El-Salam ZOHNY, *L'article 11 (paragraphes 2 et 3) du Règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes en Égypte. Contributions à l'étude de la condition juridique des étrangers en Égypte dans le régime de la réforme judiciaire*, Lyon, impr. de J. Desvigne, 1914.

(26) Antes de la sátira de Amieux sólo localizo el trabajo de Jules BOUNEVAY, *Organisation judiciaire de l'Égypte*, Lyon, Paul Legendre et C<sup>ie</sup>, 1902, seguido por la tesis

que divertía a Amieux resultaría una simpleza estafalaria si no fuera por la « notice individuelle » del decano para el curso 1908-1909. Como « interruptions de services — Leur cause — Leur durée » se anotó en el expediente de Lambert: « en congé (1906-1907). Directeur de l'École Khédiviale du Droit du Caire (Egypte) ». Al tratarse de un momento crucial en su actividad profesional vale la pena considerarlo, aun con breve atención <sup>(27)</sup>.

Desconozco las circunstancias de su nombramiento. En la petición de licencia elevada al ministerio (2 de octubre, 1906) Lambert simplemente mencionó « la fonction de directeur de l'école Khédiviale de droit du Caire qui m'a été offerte, à la suite du refus de M. Capitant... agréé par le gouvernement Egyptien », recordando las presiones de ese gobierno, frustrado en sus gestiones con Henri Capitant, para una inmediata toma de posesión. En todo caso, la del Cairo se reveló como una experiencia corta y en absoluto pacífica: « les conditions dans lesquelles il a cessé ses fonctions lui ont attiré des sévères critiques », concluía el informe del decano. « Je n'ai pas à me demander ce qu'il pourrait être comme administrateur; comme professeur je n'ai que des éloges à lui adresser ».

« Les conditions dans lesquelles il a cessé ses fonctions » dieron, en efecto, que hablar. La ocupación británica de la zona (1882) había inaugurado un período de indefinición internacional de la provincia otomana — « client state of Great Britain », pudo

---

de Benali FÉKAR, *L'usure en droit musulman et ses conséquences pratiques*, Lyon, A. Rey, 1908, más otra del mismo Fékar (ahora doctorado en « sciences juridiques », 1909) sobre *La Commande (Él Qirâd) en droit musulman*, Paris, A. Rousseau, 1910, que orientó Paul Huvelin con Lambert en el tribunal. Cfr. Henry ACHARD-PICARD, *L'agriculture algérienne et ses conditions économiques*, Grenoble, impr. F. Eymond, 1914; Abd El-Salam ZOHNY, *Le coton égyptien. Son importance dans la vie économique. Son rôle dans la vie sociale de l'Égypte*, Villefranche, impr. du Réveil du Beaujolais, 1921; Mou-Cho LIU [劉懋初], *De la condition internationale de l'Égypte depuis la déclaration anglaise de 1922*, Lyon, impr. de Bosc fr. et Riou, 1925. Salvo en la primera (Bounevay), Lambert siempre fue miembro del jury.

<sup>(27)</sup> A la documentación del *dossier* profesional y otra que se irá citando se añaden las aportaciones de FILLON, *L'exemple de l'Égypte*, cit. También Amr A. SHALAIKANY, *Sanhuri, and the Historical Origins of Comparative Law in the Arab World (or how sometimes losing your Asalah can be good for you)*, en *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Annelise Riles (ed.), Oxford — Portland (Or.), Hart Pub., 2001, pp. 152-188, p. 161 y ss.

decirse de Egipto (y de Sudán), « political entities so irregular in their political nature »<sup>(28)</sup> — mientras que Francia luchaba por mantener una cuota de influencia con la formación de las clases jurídicas y administrativas; aspiración razonable si consideramos el afrancesamiento del derecho codificado de los « tribunales mixtos » (1876), luego también de los códigos llamados « indígenas » o « nacionales » (1883), aprobados para zanjar las controversias entre la población local y los residentes extranjeros; eso explica la implantación de una enseñanza jurídica de cuño francés, bajo la supervisión de expertos de esta nacionalidad (Victor Vidal, Charles Testoud, Joseph Grandmoulin). Explica además que la denominada *École khédiviale de Droit*, centro de influencia gala (y franco-parlante) enquistado en estructuras de gobierno que dominaba Inglaterra, fuese terreno de desencuentros entre ambas potencias. A finales de siglo la presión británica consiguió crear en la escuela una sección de derecho anglosajón, mientras que la sección francesa recibía nuevos profesores... procedentes de Bélgica. Imposiciones y ofertas de dinero provocaron la salida del director Grandmoulin (1906), tras varias huelgas de estudiantes<sup>(29)</sup>; detrás se encontraba un Douglas Dunlop, asesor del ministerio egipcio de Instrucción e impulsor de un sistema educativo modelado sobre las prácticas aplicadas en la India<sup>(30)</sup>. Aunque Francia retuvo todavía su dirección, la sorda oposición de Dunlop (« directeur effective du ministère de l'instruction publique en Égypte ») chocó con el temperamento sanguíneo del profesor de Lyon y un problema menor, relativo a un permiso de viaje por vacaciones, le hizo estallar. Y así, sin advertir siquiera a sus superiores (« M. Lambert... a brusquement... donné la démission pour de raisons d'ordre exclusivement personnel, sans examiner suffisamment quelles seriont pour les intérêts français la conséquence de cette décision »), renunció al cargo — « grassement

---

(28) Vernon A. O'ROURKE, *The Juristic Status of Egypt and the Sudan*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1935, p. 9 y ss., p. 141.

(29) Cfr. « La Réforme » (Alexandrie), 27 de febrero, 1906, 2; también *La grève des étudiants*, *ibid.* 1 de marzo, p. 2, pero las noticias de la huelga, que afectó progresivamente a todas las escuelas, nutren los números siguientes.

(30) El 27 de marzo, 1906, el citado diario alejandrino dio cuenta de su promoción como consejero de Instrucción pública (con el notable sueldo de 2000 libras: « La Réforme », 12 de abril).

rémunéré » — cuando tomaba el barco (19 de junio, 1907) que lo devolvió a Francia <sup>(31)</sup>. No hace falta añadir que la dirección pasó de inmediato a un súbdito británico (« M. Hill est un ignorant », se dijo en círculos ingleses; « tant mieux: il sera docile »).

En esta desagradable anécdota — provocó desencuentros, artículos de prensa y hasta intervenciones parlamentarias a ambos lados de la Mancha: pues el destino quiso que *l'École khédiviale*, con intención francesa o sin ella, atrajese a jóvenes del movimiento nacionalista, lo que dio una dimensión política a lo que dejaba de ser mera anécdota universitaria <sup>(32)</sup> — encuentro dos elementos a destacar. Primeramente, una cuestión científica general; en segundo lugar, una razón profesional.

Lo primero se refiere al interés de Lambert por el derecho musulmán. El volumen sobre *La fonction du droit civil comparé* (1903), centrado realmente en la teoría de la costumbre, había dispensado al Islam y su sistema de reglas, fruto de la revelación y desarrollado por las escuelas teológicas, una generosa atención: si al comparatista le importaba conocer el derecho consuetudinario, dónde mejor encontrar una cultura jurídica que fuese menos dependiente de la ley estatal <sup>(33)</sup>. Su experiencia en El Cairo era una óptima oportunidad para avanzar por tal camino, pues Egipto resultaba ser un mosaico de sistemas jurídicos y punto de encuentro

<sup>(31)</sup> De « les tracasseries et les vexations de M. Douglas Dunlop » habló en efecto la prensa; cfr. E. UCCIANI, *Le nationalisme égyptien*, en « Le Petit Journal » (Paris), 9 Novembre, 1907, p. 1, de donde tomo también la referencia al peso efectivo de Dunlop en el ministerio. Desde los periódicos Lambert alegó los motivos — manejos contra Grandmoulin, erosión paulatina de la sección francesa de la escuela, selección de profesores sin preparación en la inglesa, absurdas medidas de disciplina, oposición a la incorporación de profesorado « indígena », supresión del francés en la enseñanza secundaria — que precipitaron su dimisión: cfr. Édouard LAMBERT, *La France et l'enseignement en Égypte. Au directeur de Le Temps*, en « Le Temps » (Paris), 8 Octobre, 1907, p. 1.

<sup>(32)</sup> La política de Dunlop contribuyó a convertir la escuela de Derecho en una célula nacionalista, « de sorte que sur une clientèle actuelle de 400 élèves », escribió Lambert (*La France et l'enseignement en Égypte*, cit.), « on aurait grand-peine à trouver une douzaine d'étudiants qui ne soient pas entièrement dévoués aux doctrines de Moustafa Kamel pacha ».

<sup>(33)</sup> LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, cit., p. 279 y ss.

entre Oriente y Occidente <sup>(34)</sup>. Y sin embargo, tras una estancia que no pasó de ocho meses, los deberes administrativos del cargo se sumaron a la sorda oposición de Dunlop, impidiéndole finalmente culminar sus propósitos <sup>(35)</sup>. Con el paso de los años llegaron esos trabajos <sup>(36)</sup> y se hizo posible, gracias a discípulos musulmanes, publicar series *ad hoc* en las colecciones del Instituto <sup>(37)</sup>.

Pero la limitada experiencia ‘oriental’ permitió, en segundo lugar, diseñar una propaganda científica que, en su modestia, anunciaba el futuro *Institut de droit comparé*. A partir de su gallarda dimisión — impresionó a los egipcios por denunciar los abusos de la

---

<sup>(34)</sup> Según reflejaban, por cierto, los planes didácticos de la Escuela: a los estudios básicos, útiles para « fortifier l'esprit juridique » (historia, derecho romano, filosofía) seguían « toutes les branches du droit appliqué: droit civil, pénal, administratif, commercial, international, procédure, sans oublier le statut personnel indigène exposé d'après le droit islamique ». Cfr. FILLON, *L'exemple de l'Égypte*, cit., p. 128, con textos de Pierre Arminjon, juez de los tribunales mixtos y profesor de la Escuela.

<sup>(35)</sup> « A brief residence in Egypt had disillusioned him », explicó un informe del cónsul Eldon Gorst (cfr. Foreign Office, Londres, 371/448, Political Correspondence, Egypt, 1908); « he found that his arduous duties as head of the Law School were not compatible with original research in the domain of Mahomedam Law, for which he had counted upon finding leisure », lo que debe tomarse desde luego con precaución: *vid.* FILLON, *L'exemple de l'Égypte*, cit., pp. 133-134. Agradezco a Catherine copia de este y otros papeles de los archivos británicos.

<sup>(36)</sup> *Note de M. Édouard Lambert*, en *Notes de MM. É. Lambert, M.S. Amos et R. Maumier sur un prétendu conflit entre les principes du statut personnel et le système de la transcription*, en « L'Égypte Contemporaine. Revue de la Société khédiviale d'économie politique, de statistique et de législation », 4 (1913), pp. 206-224, pp. 208-212; también, *L'esprit oriental des travaux de l'École française de droit de Beyrouth*, en *Livre du vingt-cinquième anniversaire de l'École française de Droit de Beyrouth. Mélanges à la mémoire de Paul Huvelin*, Paris, Sirey, 1938, pp. 175-187; *Le chapitre du domicile dans un projet de code civil égyptien. Rapport précédé d'une note d'Édouard Lambert sur la révision des codes civils d'Égypte*, en « Bulletin de l'Institut de droit comparé » [BIDCL], 2 (1939), pp. 1-57. Cfr. *Conférences de M. le Prof. Éd. Lambert*, en « Al Qanoun Wal Iqtisad » (Le Caire), 7 (1937), pp. 169-184; también *Le Rôle du Droit Comparé*, en « L'Égypte Judiciaire. Journal d'études juridiques, économiques et de jurisprudence » (Le Caire), 5 (dimanche 14 mars 1937), 184, pp. 317-318.

<sup>(37)</sup> Götz NORDBRUCH, *Arab Scholars at the Institut de Droit Comparé in Lyon. Rereading the History of Arab-European Intellectual Encounters in the Interwar Period*, en *Transnational Islam in Interwar Europe. Muslims Activists and Thinkers*, Götz Nordbruch, Umar Ryad (eds.), New York, Palgrave Macmillan, 2014, 89-106.

administración inglesa <sup>(38)</sup> — resultaba claro que los estudios que no cabían en El Cairo podían continuarse en Lyon. Y así, no había pasado un año de su vuelta cuando Lambert propuso organizar enseñanzas especiales (estatutos personal y real, sucesiones y *wakf* en derecho musulmán, derecho penal y administrativo egipcios, procedimiento civil) para atender la incipiente demanda de jóvenes descontentos con la deriva ‘británica’ de la Escuela jedivial y ansiosos por conocer el derecho francés, base del propio sistema, para conseguir la formación necesaria al ejercicio forense; el concurso de amigos árabes como lectores, y así aquel Fékar que estudió la usura, permitía allanar dificultades <sup>(39)</sup>. La facultad aceptó el plan y lo elevó al consejo universitario (30 de mayo, 1908). Pero la incomodidad oficial por la dimisión seguía presente y la difusión de la iniciativa en la prensa egipcia — en *L'Étendard égyptien* entre otros diarios: se trataba del órgano del partido nacionalista de Mustafá Kamel — motivó que el rector Joubin paralizase una moción que, personalmente, veía « particulièrement intéressante » <sup>(40)</sup>. A su petición el decano Caillemer informó sobre el « séminaire juridique égyptien »; destaca en la larga relación — se adivina entre líneas la simpatía hacia la propuesta — la insistencia en su carácter espontáneo (los

---

<sup>(38)</sup> LAMBERT, *La France et l'enseignement en Égypte*, cit. Un recorte de « Le Temps » con este artículo obra en el *dossier* de Lambert, donde también veo un oficio del ministerio de Asuntos Extranjeros dirigido al de Instrucción pública (22 de octubre, 1907) sobre la repercusión de este escrito en la prensa egipcia (« tous les journaux européens et indigènes reproduisent aujourd'hui ce document »).

<sup>(39)</sup> Édouard LAMBERT, *Rapport sur un projet d'organisation de cours spéciaux aux étudiants égyptiens. Présenté à la Faculté de Droit de Lyon par M. Éd. Lambert*, Lyon, A. Rey et C<sup>ie</sup>, 1908. Para las actividades de Fékar en Lyon, encargado de cursos de árabe en la sección colonial de la *Chambre de commerce*, cfr. RIE, 45 (1903), pp. 276-279.

<sup>(40)</sup> Cfr. Édouard LAMBERT, *L'Université de Lyon et les Égyptiens*, en « La Réforme » (Alexandrie), 4 juin, 1908, transcrito en un oficio dirigido por Asuntos Extranjeros al ministerio de Instrucción (22 de junio, 1908), siempre en el *dossier* de Lambert. Otro oficio de 22 de junio expresó serios reparos diplomáticos (« je ne puis que vous laisser le soin d'appeler l'attention de M. Lambert sur les dangers d'une manifestation de cette nature en l'invitant à observer à l'avenir une réserve qui nous est imposée par la lettre et par l'esprit de nos accords de 1904 avec le gouvernement britannique »), de modo que, según instrucciones superiores, el rector de Lyon llamó a capítulo a su intrépido profesor (*vid.* carta de Paul Joubin al ministerio de Instrucción, 3 de julio, 1908).

egipcios habían seguido al fugaz director de la Escuela « pour acquérir des connaissances sans lesquelles les diplômés français restent inutiles ») y su índole doméstica (« chez lui, dans sa maison de champagne à Collonges-au-Mont-d'Or »), aunque la facultad podía ceder una sala para realizar actividades, siempre libres y extraordinarias (« une expérience personnelle que M. Lambert tente à ses périls et risques »); en fin, Caillemer estimaba inconcebible « qu'une institution si simple, si naturelle, soit de nature à causer quelque trouble aux autorités ». Tal vez tuviese razón, pero el rector decidió finalmente — con el apoyo cauteloso del ministerio (« il serait inadmissible qu'il créât à la faculté de Droit de Lyon un foyer d'intrigues anti-anglaises ») — borrar toda mención a Egipto en un seminario de « d'études *islamiques* », de modo que « le nom de M. Lambert paraîtrait aussi peu que possible »<sup>(41)</sup>. Las « observations particulières » de las autoridades académicas expresaron seguidamente la satisfacción por el éxito del empeño (« fréquenté par une vingtaine d'étudiants musulmans », informe del decano, 1909; « fréquenté...à l'origine par des jeunes égyptiens semble destiné à se développer et à devenir un centre d'études orientales intéressant tous les Musulmans », *ibid.* 1911) y su contribución al prestigio republicano (« une création qui ne peut qu'être favorable à l'influence que la France a intérêt à exercer dans le monde islamique », informe del rector, 1909; « je lui en sois reconnaissant et je demande instamment que le passé — s'il a eu des torts — soit oublié », *ibid.* 1911). Pero el traído y llevado seminario oriental « malheureusement est devenu suspect au gouvernement égyptien » (*ibid.* 1912) y el rector no se equivocó al suponer que el mal paso de Lambert (« un professeur remarquable, un savant d'une compétence indiscutée ») le había condenado a desarrollar su carrera alejado de París: « M. Lambert demeura dans la banlieue de Lyon, où il exerce, au point de vue républicain, une légitime et grande influence » (*ibid.*

---

(41) Hay que reconocer que Lambert militaba públicamente en la causa nacionalista. Cfr. *Pour l'Égypte Libre. Mohamed Farid, chef du Parti National fait entendre les revendications du peuple égyptien*, en « Le Progrès » (Lyon), 20 juin 1910, p. 1, crónica del acto y de la intervención patriótica del profesor.

1909). Más o menos aceptado por el rector y la facultad, en 1910 el *Institut oriental* estaba definitivamente organizado <sup>(42)</sup>.

« M. Lambert est un professeur remarquable », insistía aún Joubin en 1913; « d'autre part il nous a rendu des services au cours d'une collaboration de deux années au sein de la Commission d'expansion universitaire, para sa connaissance des milieux orientaux. Je regrette que ses occupations ne lui ont pas permis de nous la continuer ». Una de esas ocupaciones — aparte el curso (de « 1<sup>e</sup> année », tres horas por semana) de « Histoire générale du Droit français » — consistió en seguir con atención la primera publicación relevante, pronto conocida y aplaudida por la doctrina <sup>(43)</sup>, del « séminaire oriental »: se trata de la tesis de Mahmoud Fathy, *La doctrine musulmane de l'abus des droits* (1913) <sup>(44)</sup>. « Premières ébauches ou les épreuves préparatoires des travaux destinés à ne revêtir leur forme définitive qu'en langue arabe », escribió Lambert en el sustancioso prólogo (un ensayo autónomo de casi setenta páginas) <sup>(45)</sup>, este libro representó antes de la Guerra las características que distinguieron, tras ella, las aportaciones del *Institut de*

---

<sup>(42)</sup> *L'Institut oriental d'Études Juridiques et Sociales de Lyon. Séminaire libre ouvert aux étudiants de l'orient musulman. But, composition et moyens d'action de l'Institut — Apprentissage de la langue française et hygiène morale — Cours de vacance et placement familial — Préparation professionnelle du juriste oriental — Étude du droit musulman — Pratique des sciences sociales; éducation économique et politique — Formation de professeurs orientaux et conférences en langue arabe — Publications et cercle d'action de l'Institut*, Lyon, Imp. du Moniteur Judiciaire, 1910. Cfr. Ministère de l'Instruction, *Enquêtes et Documents*, cit., pp. 253-254, con registro de los cursos impartidos en el *Institut oriental* (« dirigé par M. Lambert ») e insistencia en el doctorado (« correction de leçons et conférences; direction dans la préparation de sujets de thèses empruntés au cercle de leur civilisation »). La facultad omitió cualquier mención a este centro en sus informes (cfr. *séances de rentrée* de 1912 y 1913, anuarios de 1913-1914, 1914-1915).

<sup>(43)</sup> Cfr. Louis MILLIOT, *Compte rendu*, en « Revue critique [...] », 43 (1914), pp. 589-591; Josef KOHLER, *Die Islamlehre vom Rechtsmissbrauch*, en « Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft », 29 (1913), pp. 432-444; *Bibliografía*. La doctrine musulmane de l'abus des droits [...], en « Rivista degli studi orientali », 7 (1915-1918), pp. 756-768 (David Santillana).

<sup>(44)</sup> *La doctrine musulmane de l'abus des droits. (Étude d'Histoire juridique et de Droit comparé)*, Paris, Paul Genthner, 1913, I-LXVIII + 276 pp.

<sup>(45)</sup> « L'introduzione premissa dal prof. Lambert », escribió Santillana, « costituisce per sé stessa un lavoro pregevole », p. 768. Por lo demás, el libro de Fathy tuvo

*Droit comparé*: sensibilidad a la historia del derecho como la causa, poderosa causa, que explica las diferencias de técnica y cultura entre sistemas o familias jurídicas; interés por las experiencias normativas extra-europeas; estudio de fenómenos de ‘recepción’ o, según era el caso en Fathy, de evolución paralela de concepciones dispares mas coincidentes en un común punto de llegada. Puede todavía añadirse la sincronía de las investigaciones comparadas y los grandes argumentos que recorrían la facultad <sup>(46)</sup>, sin olvidar la práctica de adornar con una « Préface » más o menos extensa las publicaciones de los discípulos; costumbre iniciada con la monografía de Fathy y mantenida, a veces con resultado llamativo, en los libros y las colecciones posteriores. Autor de obras tan relevantes como *Le gouvernement des juges* (1921), debemos a este insólito género — rara colaboración entre maestro y discípulo que salía de la informalidad del magisterio para llegar al público — lo mejor de su dilatada bibliografía.

El carácter seminal del libro recordado reposaba además en las consideraciones de método del locuaz « préfacier ». Ante todo, el escrúpulo de documentación, con exigencia de una consulta extensa de la bibliografía, incluso en lenguas diferentes al francés; el resultado tenía que estar libre de las opiniones del profesor: lo contrario sería « un abus d’influence... un acte d’indélicatesse pédagogique », y Lambert se apropiaba de aquel *dictum* « de l’âge d’or de la littérature musulmane » sobre la duda como la condición primera de la ciencia (p. v). Tal vez los estudios resultantes adolecieran de prejuicios, pero no parecían peores que cuantos arrastraban los expertos europeos; la observación del comparatista (« nos façons de juger les choses, les gens et les événements ») nunca tendría que verse influenciada por orgullos de raza o nacionalidad, ni por convenciones culturales, « et surtout par le poids de longs siècles d’éducation chrétienne ». Las críticas del maestro al proceder del

---

versión árabe (Le Caire, imp. El Maarel, 1333-1334 de la Hégira [1914-1915]), según lo previsto.

<sup>(46)</sup> El antecedente ofrecido por Louis Josserand y sus trabajos sobre el abuso de derecho (1905) tenía su parangón en esta tesis; por su parte, Josserand la tuvo en cuenta al volver sobre la cuestión: cfr. *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1939<sup>2</sup>, p. 298 y ss.

discípulo — tozudamente musulmán (« sentiment de ferveur islamique qui anime le travail d'un bout à l'autre ») y radical en su planteamiento, al convertir la condena del abuso de derecho en « tendance générale d'esprit de la science juridique musulmane » — ofrecían ocasión para deslizar otras informaciones, pues Lambert se servía del prólogo para perseguir la institución por los códigos mixtos y las sentencias de la *Cour d'Appel* de Alejandría, comparados con regulaciones europeas (p. xxxiv y ss.).

La *Grande Guerre* interrumpió momentáneamente el flujo prometedor de estudios y estudiosos orientales: la siguiente publicación del « Séminaire » fue la tesis de Abd El Salam Zohny sobre *La responsabilité de l'État égyptien à raison de l'exercice de la puissance publique* (1914), publicado sin prólogo ni presentación; hubo que esperar a la segunda tesis (« ès Sciences politiques ») de Al-Sanhoury (*Le Califat*, 1926) para reanimar la colección 'oriental' y volver a los prólogos. Y sin embargo, la terrible experiencia bélica — donde Lambert perdió seres queridos, como su hijo René y su sobrino favorito Paul Lintier (1893-1916) — permitió emprender acciones que reforzaron la vocación internacional de Lyon como una pujante universidad de provincias <sup>(47)</sup>. Si en 1900 la facultad contaba solamente con dos matriculados no franceses de un total de 438 inscritos, un año después el *Conseil universitaire* aprobó la creación de un comité de apoyo a estudiantes extranjeros; se contaba con la asociación de amigos de la universidad, la cámara de comercio y algunos exportadores, interesados « au point de vue économique à voir se fortifier les liens... entre la jeunesse studieuse des pays étrangers et notre Université » (10 enero, 1901). En 1904 se preparó la recepción de un grupo de estudiantes suecos que viajaban por Francia (26 de abril). Un año después el mismo órgano analizó la petición de gratuidad de tres estudiantes persas (30 de noviembre); más adelante se trataba de varias estudiantes de nacionalidad rusa (1 de febrero, 1906). Y cuando el presupuesto no permitía financiar misiones del profesorado en congresos, homenajes y otras ocasiones en que convenía dejar oír « la voix de la France », no faltaban

---

(47) Para lo que sigue consulto las actas de las sesiones del consejo universitario en ADR, 1 T 273 — 1 T 276. Cfr. también *Université de Lyon 1900*, Lyon, Imp. A. Storck et C<sup>ie</sup>, 1900, p. 99 para los datos relativos a la facultad de Derecho en ese año.

voluntarios « qui, investis de sa haute autorité, acceptaient de le représenter à leur frais aux célébrations » (48).

Se definieron además dos ambiciosos proyectos que lograron legítima repercusión. Primeramente, la creación de un instituto o *maison française* en Tokio, cosa que preocupaba en especial a los juristas al estar en juego la causa de los códigos franceses en un país emergente que, tras la codificación de 1898, había pasado a la órbita de la doctrina alemana (6 de julio, 1918); segundo, la puesta en marcha de un *Institut de l'Université de Lyon en Orient* (vale decir, el Oriente mediterráneo), empeño personal del rector Paul Joubin (3 de diciembre, 1910) que tuvo en Paul Huvelin a su principal apoyo. Y en efecto, Huvelin estuvo detrás del « Collège oriental de l'Université de Lyon » — abrió sus puertas en el curso 1911-1912, con ocho estudiantes en el preparatorio — y de la « École française de Droit de Beyrouth », inaugurada — en momento poco oportuno (1913) — con fondos de los ministerios de Asuntos Extranjeros e Instrucción pública (y de la cámara local de comercio) (49).

De los *procès-verbaux* que consultamos no interesa tanto comprobar el silencio sobre el *Séminaire* — prosiguió sus actividades apenas tolerado (50) — cuanto recordar que una de las operaciones de extensión se sumó a la vocación 'oriental' de nuestro profesor para confluir finalmente en el *Institut de Droit Comparé* (1921). Me refiero a las relaciones de Lambert con los Estados Unidos de América.

---

(48) Auguste EHRHARD, *L'Université de Lyon*, Lyon, A. Rey, 1919, p. 49.

(49) Cfr. en general *ibid.*, p. 52 y ss. La institución ha sido meticulosamente estudiada por Catherine FILLON, *La Faculté de Droit lyonnaise et l'expansion universitaire sous la Troisième République: la fondation de l'École de Droit de Beyrouth*, en *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques*, cit., pp. 303-331.

(50) « La contrepartie nécessaire de cette institution en Orient », se manifestó al tratar de la futura Escuela de Beirut (25 de febrero, 1911), « serait l'organisation à Lyon des cours destinés à attirer les étudiants; mais l'étude en est moins urgent », mas en ello consistía justamente la propuesta de Lambert. De la lectura de las actas se deduce que este profesor, pronto uno de los catedráticos más conocidos de la Universidad de Lyon, seguía poco menos que condenado al ostracismo; por ejemplo, en la votación del representante de Derecho para el *Conseil universitaire* (26 de mayo, 1913) salió elegido Charles Appleton con once votos, por solo uno para Lambert (sesión 31 de mayo). También permaneció completamente ajeno a la organización de la Escuela de Beirut (22 de julio, 1913) y del comité relativo a los estudiantes extranjeros (13 de julio, 1917).

No puedo precisar el momento en que Lambert se interesó por el *common law* en su rama americana. El encuentro comparatístico de 1900 apenas contó — se verá en un instante (§ 3) — con expertos de tal procedencia y la inabordable *Fonction du droit civil comparé* muestra un desconocimiento casi completo (solamente una nota sobre el menor peso del precedente judicial, pp. 208-209) del derecho en los Estados Unidos. Creo que fue decisiva la participación de Lambert en las empresas de John H. Wigmore (1863-1943), decano de Derecho en *Northwestern University* (Chicago, Ill.) e impulsor infatigable de traducciones de juristas europeos<sup>(51)</sup>. Una de sus colecciones, dedicada a *Modern Legal Philosophies*, incluyó en el volumen *Science of Legal Method* (1917) un capítulo de Lambert (« Codified Law and Case-Law. Their Part in Shaping the Policies of Justice ») que, como tantos otros, no existía en lengua original; prueba de una violenta intervención editorial, recogía una antología de fragmentos, libremente ensamblados en texto corrido y vertidos al inglés<sup>(52)</sup>. El libro nació en medio de las hostilidades según acredita una carta del propio interesado (20 de enero, 1915) que autorizaba a Wigmore para « traduire et publier tous ceux des passages de mon livre *La fonction du droit civil comparé* qu'il pourra juger utile de comprendre dans sa publication »<sup>(53)</sup>; una correspondencia incesante y varias empresas comunes — el congreso de derecho comparado de 1932, con fuerte presencia americana (cfr. § 4); la publicación del *Recueil Gény* (1935), con una mayoría de partícipes de este origen entre los extranjeros — atestiguan una intensa relación profesional y recíproco respeto.

A las hostilidades debemos además dos escritos estratégicos. El primero, norteamericano, documentó « A Proposal to Restore the True Status of French Science and Learning in America », un manifiesto de Wigmore destinado a promocionar las universidades

---

(51) Carlos PETIT, *John Henry Wigmore and European Culture in the Progressive Era*, en « Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit », 16 (juin 2019), pp. 1-14.

(52) El capítulo fue compuesto con pasajes de las pp. 16-18, 61, 63, 74, 88, 93-95, 95-100, 110-112, 173-199, 795-796, 799-811, 821-823 y 903 de *La fonction du droit civil comparé*, cit.

(53) Cfr. University Archives — Northwestern University (Evanston, Ill.), *Wigmore Papers*, « Modern Legal Philosophy Series », box 207, folder 9.

francesas en los medios académicos de su país. Ahora se entendía que la ciencia jurídica alemana — el referente internacional de excelencia, también al otro lado del Atlántico <sup>(54)</sup> — había contribuido al estallido bélico; por contra, « the French nation has won our warm admiration for its spirit, its devotion to high ideals, its strength of character, and its efficiency » <sup>(55)</sup>. Seguían aún los combates cuando nació, de nuevo gracias a Wigmore, la *Society for American Fellowships in French Universities*; la entidad convocó sus primeras ayudas en la primavera de 1917. Como complemento, siempre con Wigmore detrás, en 1917 salió el libro *Science and Learning in France*, una completísima guía — no faltaba una sección sobre Derecho — con las orientaciones necesarias para los americanos, financiados o no por la *Society*, que viajasen a Francia para completar su formación <sup>(56)</sup>.

Desde este otro país se enviaron señales concordantes. Por ejemplo, en 1917 el ministerio de Instrucción pública trató con la *American Association of University Professors* de los grados académicos y las convalidaciones <sup>(57)</sup>. La política de intercambios interesaba en Lyon, donde permanecía un destacamento militar americano (casi cuatrocientos soldados en 1919) detenido a orillas del Ródano

---

<sup>(54)</sup> Mathias REIMANN, *Historische Schule und Common Law: Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts im amerikanischen Rechtsdenken*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.

<sup>(55)</sup> El ataque más furioso tocó a John M. ZANE, *German Legal Philosophy*, en « Michigan Law Review », 16 (1917-1918), pp. 287-375; pero no faltaron en Francia: Joseph BARTHÉLEMY, *La responsabilité des Professeurs allemands de droit public*, en BSLC, 45 (1916), pp. 116-156. Los elogios a Francia proceden de la convocatoria de becas que encuentro en *Wigmore Papers, Science and Learning. Correspondence 1916-1917*, box 216, folder 6.

<sup>(56)</sup> Cfr. *Science and Learning in France, with a Survey of Opportunities for American Students in French Universities. An Appreciation by American Scholars*, Chicago, R.R. Donnelly & Sons Co., 1917; el libro fue reseñado en la clave antigermánica que era de esperar: cfr. de nuevo « Michigan Law Review », 16 (1917-1918), pp. 661-662 (Williard Barbour). En *Wigmore Papers*, box 106, folder 7, se custodia la documentación correspondiente a la « Society » y sus « fellowships ».

<sup>(57)</sup> ADR, 1 T 275, *Conseil de l'Université de Lyon — Procès-verbaux*, sesión de 10 de febrero, 1917.

por dificultades de transporte <sup>(58)</sup>; para atender esta demanda la Universidad organizó ciertas enseñanzas, entre ellas cinco asignaturas jurídicas con veinte lecciones por curso <sup>(59)</sup>. Desconozco la relevancia que las actividades de Wigmore o la experiencia con los soldados desplazados tuvieron en la creación del *Institut de droit comparé*, pero consta que Lambert dictó en 1920 un curso de « Jurisprudence anglosaxonne » <sup>(60)</sup>. Que la materia se convertía ahora en *pièce de résistance* de su repertorio — a expensas del derecho islámico y en competencia con el soviético — lo demuestra una publicación coetánea donde el método comparativo, el sistema jurídico angloamericano y las raíces comunes a las dos grandes tradiciones de Occidente dejaron en óptimo lugar a las universidades francesas.

Se trata de nuestro segundo texto <sup>(61)</sup>. *L'Enseignement du droit comparé*, cuyo subtítulo (*Sa co-opération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*) enfatizaba la colaboración internacional que los tiempos reclamaban <sup>(62)</sup>, descubría una historia más o menos sólida de vínculos entre el antiguo derecho francés y el derecho anglosajón tras la conquista normanda (p. 20 y ss.), base para el reconocimiento recíproco y los intercambios intelectuales. La oportunidad de la obra no escapó a los lectores americanos: « the war has brought discredit upon German culture » <sup>(63)</sup>. Our appreciation of French scholarship, as eviden-

---

<sup>(58)</sup> Vid. ADR, 1 T 276, *Conseil de l'Université de Lyon — Procès-verbaux*, sesión de 12 de abril, 1919.

<sup>(59)</sup> ADR, 1 T 275, *Procès-verbaux*, sesiones de 2 de febrero, 13 de abril y 25 de mayo, 1918.

<sup>(60)</sup> ADR, 1 T 276, *Procès-verbaux*, sesión 19 de mayo, 1920.

<sup>(61)</sup> Omito la consideración de un tercero: me refiero a los *Celebration Legal Essays [...] To Mark the Twenty-fifth Year of Service of John H. Wigmore as Professor of Law in Northwestern University*, Chicago, Northwestern University Press, 1919, con aportaciones de varios, significados juristas franceses (Léon Duguit, René Demogue, Joseph Charmont, Paul Huvelin; a su modo, también el chileno Alejandro Álvarez).

<sup>(62)</sup> Édouard LAMBERT, *L'Enseignement du droit comparé [...]*, Lyon, A. Rey, 1919.

<sup>(63)</sup> « En dépit de nos instincts traditionnels d'individualisme et de libre pensée scientifique », lamentó a su vez Lambert, « nous commençons, quand les événements de 1914 ont sonné le réveil, à nous laisser influencer par le prosélytisme bruyant et autoritaire de cette orthodoxie germanique ». Cfr. *ibid.*, p. 9.

ced by the volume *Science and Learning in France...* is not merely relative, due to a dislike of all that is German... The cordially friendly and scholarly aims of Professor Lambert and his colleagues of the Law School of the University of Lyon are directed very specially, I think, to legal science in America; it seems like a fraternal answer to the volume in appreciation of which mention has just been made » (64). Consideremos un instante el trabajo, primer libro de Lambert desde que vio la luz *La fonction du droit civil comparé...* diez y seis años atrás.

Si en esa otra aportación se quiso experimentar con el derecho de sucesiones y apenas pudo ser (el avance de) una introducción al derecho civil comparado, en *L'Enseignement du droit...* Lambert suprimió toda referencia privatística para centrar la atención en las experiencias occidentales, compensando la fortuna tradicional de la doctrina alemana « par l'établissement de relations aussi étroites que possible avec la science anglo-américaine » (pp. 9-10). Frente a la tradicional atención prestada en el continente a las instituciones políticas anglosajonas, se proponía ahora un ensayo comparativo conducido sobre el derecho privado, en general susceptible de aplicarse, como materia autónoma, en cualquier rama del ordenamiento.

Aparte el relato histórico, documentado con paciencia en relación con Inglaterra (pp. 20-44), el núcleo del libro residía en Norteamérica, un ámbito más afín desde sus orígenes (*vid.* p. 46, sobre los *Commentaries* de James Kent) a los códigos latinos; habían influido entonces el derecho federal y seguían aún presentes en varios Estados de la Unión (p. 56 y ss.). El establecimiento de un régimen uniforme en asuntos de interés interestatal (transporte de mercancías, títulos de crédito) mediante novedosos experimentos normativos indicaba, además, que los Estados Unidos merecían la atención del comparatista (p. 74 y ss.). Un trabajo, en suma, inusual, índice de largos estudios y de amistades profesionales que enviaban textos y noticias y que pronto mandarían a jóvenes investigadores —

---

(64) Cfr. « *Illinois Law Review* », 14 (1919-1920), pp. 533-538 (Layton B. Register), p. 538.

recordemos aquel Wasserman de nuestra fotografía — para estudiar los métodos comparativos en la Universidad de Lyon <sup>(65)</sup>.

Desde el punto de vista del contenido el derecho comparado de Lambert estaba abierto, en especial, al pujante *droit industriel* del colega Paul Pic, una especialidad descubierta en fecha temprana y razón de abandonar los planes primitivos sobre el derecho sucesorio que anunció *La fonction du droit civil comparé* <sup>(66)</sup>. En realidad, si la proximidad del *Centenaire* del *Code Napoléon* y la codificación alemana habían llevado al derecho privado continental (« fond commun de dispositions empruntées à la législation romaine »), tras el armisticio y los pactos de Versailles la jurisprudencia del *Bureau International du Travail* se presentaba como el espacio más idóneo — el más universal y más abierto al discurso de las ciencias sociales — para estos estudios. Y *L'Enseignement du droit comparé* se apresuró a reconocerlo: « nous pouvons, dès aujourd'hui, tenir pour certain, à raison de l'interdépendance qui existe entre toutes les branches du droit, que l'internationalisation des fondements de la législation ouvrière aura nécessairement des répercussions sur tout l'ensemble de la jurisprudence... elle facilitera ainsi le développement de nouveaux traits d'union entre ces deux robustes systèmes de *common law* que sont le droit anglo-américain et le droit romano-français » (p. 96).

---

<sup>(65)</sup> Documentan esas relaciones los *Wigmore Papers, General Correspondence Files: Édouard Lambert*, box 80, folder 8 (1919-1930, con un par de cartas tardías sin indicación de fecha); recuerdo ahora la misiva dirigida a Wigmore, justo en 1919 (26 de julio), con acuse de recibido de la « *Illinois Law Review* » (se trataba del vol. 14, donde se publicó la reseña a *L'Enseignement* que va citada), donde Lambert agradecía, en particular, la voluntad del colega americano « de mettre à la disposition de la bibliothèque d'études de droit comparé, que je travaille à organiser à Lyon, un exemplaire de la collection de l'illinois Law Review ou tout au moins de la partie non épuisée de cette collection ». Más reducido, pero sustancial (se encuentran ahí las claves del vigente Código civil egipcio que preparó Al-Sanhoury, otro de los atrapados en la foto) fue el epistolario Lambert — Pound, cfr. *Roscoe Pound Papers*, Law School Library (Manuscripts Department), Langdell Hall (Harvard University, Cambridge, Mass.).

<sup>(66)</sup> En efecto, el derecho industrial-social se reveló el terreno más idóneo para trazar las líneas evolutivas y los puntos firmes del « droit commun législatif » que propugnaba Lambert: cfr. Édouard LAMBERT, *Le droit civil et la législation ouvrière. La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit*, en « *Revue générale du droit* » [RGD], 28 (1904), pp. 152-166, 241-249, 451-463. Pero sobre este punto esencial volveremos enseguida.

### 3. *El congreso y la Exposición (métodos y groupes).*

Del derecho musulmán al derecho americano, en suma. El recorrido podía parecer admirable a quien hubiese seguido las sesiones del *Congrès international de Droit comparé* que se celebró en París los días 31 de julio a 4 de agosto, 1900, (« dans la salle de fêtes de l'École de droit »). Tuve la oportunidad de analizar la efemérides y de leer los textos que provocó; existen además aportaciones recientes, así que no es necesario desandar los pasos caminados <sup>(67)</sup>. Me limitaré a destacar, primero, el radio (bastante corto) de la mirada comparativa en 1900; segundo, los criterios (marginales) insinuados al momento de diseñar familias o grupos jurídicos en un sencillo ensayo de macro-comparación; tercero, las tesis de Lambert, encargado por Raymond Saleilles, alma verdadera del encuentro, de la ponencia de métodos.

Sepamos ante todo que el famoso *Congrès international de Droit comparé* fue una más entre otras muchas asambleas científicas convocadas con motivo de la Exposición Universal; brillante muestra de una revolución en la industria y el comercio que aproximó a los cinco continentes con derroches de electricidad, cinematógrafos, motores de explosión y dinamos altas de doce metros, una « nueva fuerza moral », escribió Henry Adams, « similar a lo que los primeros cristianos sentían ante la Cruz » <sup>(68)</sup>. De los innumerables congresos reunidos en tal ocasión — no se libró rama alguna del humano conocimiento: aeronáutica (15 a 21 septiembre), alimentación racional del ganado (21 a 23 junio), alpinismo (11 a 15 agosto), antropología y arqueología prehistóricas (20 a 25 agosto), asistencia

---

<sup>(67)</sup> Cfr. PETIT, *Lambert en la Tour Eiffel*, cit., p. 83 y ss., que utilizo a continuación. La llegada del año 2000 favoreció las aportaciones (Clark, Jamin, Blanc-Jouvan, Sacco); se citan en Mireille FOURNIER, *Comparative Law Gets Entitled: The 1900 Paris Congress in Contexts*, LLM Thesis, University of Victoria (British Columbia, Canadá), 2018, donde el interesado encontrará otras aportaciones posteriores. Ahora añadido el *Journal du Congrès international de Droit comparé*, « publication quotidienne, exclusivement réservée aux Congressistes [...] pendant la semaine du Congrès ».

<sup>(68)</sup> Un estupendo relato en Philip BLOM, *Años de vértigo. Cultura y cambio en Occidente, 1900-1914* (2008), trad. Daniel Najmías, Barcelona, Anagrama, 2010, p. 19 y ss., p. 26 con la cita de Adams. Para los congresos, con datos de interés, Anne RASMUSSEN, *Les Congrès internationaux liés aux Expositions universelles de Paris (1867-1900)*, en « Mil Neuf Cent », 7 (1989), pp. 23-44.

pública y beneficencia privada (30 julio a 5 agosto), bibliografía (16 a 18 agosto), caminos de hierro (20 a 29 septiembre), ciencias de la escritura (24 a 31 de mayo)... por citar unos ejemplos — el congreso de derecho comparado tuvo una característica particular. No fue simplemente un *meeting* entre colegas (médicos, actuarios, estenógrafos, farmacéuticos, historiadores, dentistas, americanistas...) que se reunían en bellas capitales; para ellos la cita de 1900 suponía otra ocasión de saludo, de intercambio de novedades... sobre todo de seguir con la liturgia festiva de la profesión, en una serie (algo larga: médicos, décimotercer congreso; farmacéuticos, noveno congreso; estenógrafos, séptimo congreso...) de encuentros de la especialidad. Tampoco importaba demasiado exponer ante todos una rama científica que así lograba reconocimiento (aeronáutica, radiología, historia comparada, bibliografía, prehistoria). Naturalmente *internacional* por su objeto, el congreso de derecho comparado representaba, perfectamente en mi opinión, una utilísima vía para superar el drama del jurista *fin de siècle*; un experto que se sabía operador de un ordenamiento estatal pero también cultor de una *ciencia* jurídica que, si quería merecer tal condición, tenía que localizarse más allá de la experiencia limitada de una Nación y un Estado. Al fin y al cabo, *La fonction du droit civil comparé* arrancaba con la amarga queja de Jhering: « die Wissenschaft ist zu Landesjurisprudenz degradiert... eine demüthigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft ».

En la tupida red de encuentros la presencia de los saberes jurídicos, algo discreta, demostró la vigencia del *dictum* del privatista de Gottinga. « Mot d'ordre avant d'être une réalité »<sup>(69)</sup>, algunos congresos presentaban *ratione materiae* una obvia dimensión internacional (derecho marítimo, 1 a 3 octubre; legislación aduanera, 30 julio a 4 agosto; sociedades por acciones, 8 a 12 junio; valores mobiliarios, 5 a 9 junio). En otros casos la *cuestión social* — esa llaga en la conciencia de los países desarrollados — exigía disponer de instrumentos jurídicos contra sus peores manifestaciones (accidentes de trabajo y seguros sociales, 25 a 30 junio; casas baratas, 18 a 21 junio: condición y derechos de las mujeres, 5 a 8 septiembre; descanso dominical, 9 a 12 de octubre; participación en beneficios,

---

(69) RASMUSSEN, *Les congrès internationaux*, cit., p. 27.

15 a 18 julio; protección de los trabajadores, 25 a 28 julio). Y entre estos polos osciló la reflexión sobre las posibilidades y los límites de la *ius-comparación*.

Por una parte, el régimen de las aduanas, las reglas del derecho marítimo o los títulos de crédito tenían que analizarse — incluso si malamente se sabía soslayar la paupérrima *Landesjurisprudenz* — desde el conocimiento efectivo de la legislación extranjera; en tales casos los congresos respondían al horizonte de la *législation comparée* que, en absoluto nueva en 1900, aún conservaba vigor y poder de convocatoria (cfr. § 4). Sobre las diferencias de la especialidad y los estudios de derecho extranjero se pronunció desde luego Lambert (« le seul fait de réunir [d]es diverses exposés sous un même titre et dans un même ouvrage ne saurait avoir la vertu d'en transformer la nature ») y por eso la noticia de los monumentos legales de otros Estados, instrumento al servicio del derecho nacional, concernía sobre todo al legislador <sup>(70)</sup>. Ahora bien, si admitimos, según la fórmula elegante de Saleilles, que « les législations représentent ce qui divise; le droit est ce qui unit et ce qui se rapproche » <sup>(71)</sup>, los accidentes laborales, el feminismo, las casas baratas, la protección de los trabajadores... inevitables secuelas de la industrialización que

---

<sup>(70)</sup> Édouard LAMBERT, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit*, en *Congrès international de droit comparé [...] Procès-verbaux des séances et documents* I, Paris, LGDJ, 1905, pp. 26-60, pp. 30-31. Cfr. MAX GUTZWILLER, *Ein Jahrhundert Société de Législation Comparée*, en « Zeitschrift für schweizerisches Recht », 111 (1969), pp. 473-488.

<sup>(71)</sup> Cfr. *Procès-verbaux* I, cit., pp. 162-165, donde un *toast* en su honor dio pie al breve discurso de agradecimiento, p. 164. Saleilles había sido más explícito en una de las cartas cruzadas con Eugen Huber, sobre preparativos del congreso (17 de diciembre, 1899): « je lutte contre bien des difficultés, dont la principale est de faire entendre à beaucoup de gens, qui ne s'en doutent pas, ce qu'est que le droit comparé. Pour eux, c'est étudier une question de droit d'après la réglementation diverse qu'elle a reçue dans les différentes Législations. Cela, c'est le commencement seulement du droit comparé; c'est une juxtaposition, ce n'est pas une comparaison [...] ce que je reproche à beaucoup de nos juristes français n'est pas spécial de la France; même en Allemagne et ailleurs la science du droit comparé n'est pas définie, son objet n'est pas précisé, la méthode n'est peut-être pas découverte [...] Nous sommes en retard parce que mes idées n'ont pas été comprises et qu'il me faut lutter un peu contre vent et marées » (*Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*), ed. Alfons Aragoneses, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 2007, n° 18, pp. 91-92).

celebraba la Exposición de París, eran fenómenos sociales — con secuelas jurídicas — rabiosamente modernos; terreno de juego que abría el nuevo siglo, sobre esas realidades sin fronteras los expertos podían ejercer de *científicos* en una concepción diferente de la ciencia del derecho (lo que les permitía dialogar con colegas de otra procedencia) y orientar desde la expansiva *Sozialwissenschaft* <sup>(72)</sup> la reforma de un régimen parlamentario caduco, la individualización de la pena, el control judicial de la constitucionalidad de la ley o la superación del derecho codificado <sup>(73)</sup>. Así se comprende la atención que Lambert suscitó más allá de los juristas — viene a la mente la reseña de *La fonction...* que publicó Émile Durkheim en *l'Année sociologique* — aunque esto no nos interesa <sup>(74)</sup>. Llegados a este

---

<sup>(72)</sup> «Ciencia social no era un término comprensivo de todas las ciencias sociales», se afirmó un par de generaciones después, «sino la religión de una sociedad inmersa en las ansias que se derivan de la industrialización, así como la teología había sido la religión del viejo mundo feudal» (L.L. Bernard, 1943), en Alessandra LORINI, *Le scienze sociali in azione: efficienza produttiva e controllo sociale negli Stati Uniti tra Ottocento e Novecento*, en *Potere e nuova razionalità. Alle origini delle scienze della società e dello stato in Germania e negli Stati Uniti*, Tiziano Bonazzi (cur.), Bologna, Clueb, 1982, pp. 161-179, p. 162. Con impulso de Saleilles, que tuvo entonces que dividirse entre las dos asambleas científicas, en el París de la Exposición tuvo lugar el *Congrès international de l'enseignement des sciences sociales*: cfr. Dick MAY, *Le premier Congrès international de l'enseignement des sciences sociales*, en *RIE*, 40 (1900), pp. 428-433.

<sup>(73)</sup> Varios de estos argumentos se abordaron en nuestro congreso. En la 5ª sección («Droit public»), se lanzó la *question* relativa a «Le gouvernement parlementaire: ses transformations et son fonctionnement dans le divers pays. La théorie du régime parlementaire, telle qu'elle se dégage de l'évolution comparative des institutions»; en la 6ª sección («Criminologie») se trató de «Les tendances nouvelles en matière pénale; leur influence sur le mouvement législatif des différents pays; la part faite, en particulier, à l'école mixte qui voit dans la législation criminelle surtout un procédé de politique sociale, et que l'on désigne, en Allemagne, sous le nom de *Kriminal Politik*».

<sup>(74)</sup> Cfr. «L'Année Sociologique», 7 (1902-1903), pp. 374-379, una reseña que señaló el punto débil de la obra — la combinación de la noción del derecho comparado con una reflexión en torno a la costumbre — para saludar, con todo, la energía de Lambert al sacar la costumbre del olvido a que la condenaban las tesis de Géný, aunque el sociólogo reivindicase el papel del pueblo, junto a los «agents de la vie judiciaire», en el derecho consuetudinario; de todos modos, según Durkheim la costumbre no podía tener una gran relevancia en la compleja sociedad moderna. Pero la obra de Lambert también interesó en otros círculos intelectuales y otras especialidades: cfr. «Journal des

punto vale la pena confrontar el horizonte descrito con los participantes del congreso, para acceder seguidamente a sus argumentos.

« Exposition universelle de la pensée mise en face de l'exposition universelle des produits » (Alfred Picard) el contexto *universal* de la celebración de París — el pequeño universo de la « humanité civilisée », en expresión de Saleilles (cfr. *Procès-verbaux* I, p. 181) — explica que la mitad de los congresistas poseyeran las nacionalidades más diversas <sup>(75)</sup>. La tendencia se mantuvo en nuestro congreso de derecho comparado donde, aparte el país anfitrión, los europeos dominaron las sesiones. La falta de una lista completa dificulta la tarea, pero es suficiente repasar los *Procès-verbaux* para obtener una impresión acertada: Bélgica, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Rusia, Austria, San Marino, Rumanía, Suecia, Suiza, Surveyer, Alemania, Grecia, España, México... Las presidencias y vicepresidencias honorarias aumentaron la lista: De Wlassics, Hungría; Meyer y Zittelmann, Alemania; Bogišić, Montenegro; Lejeune, Hoyois y Dupriez, Bélgica; Lastres, España; Siebold, Japón; Bakhaloff, Bulgaria; Winckler, Suiza; Philarétos, Grecia; Chironi y Cogliolo, Italia; Savornin-Lohman, Países Bajos; Kolischer, Persia; Lahovary, Rumanía; Kowaleski, Rusia; Huber, Suiza; Ataúlfo de Paiva, Brasil... sin contar las « lettres d'excuse » que llegaron de varias partes. Del *Oriente* de Lambert sólo encuentro a los turcos Noradoughghian y Salem; fuera de los confines de Europa las actas reseñan la presencia del citado baron Kolischer (« chef de section au ministère des Finances »), vicepresidente honorífico por Persia, y un Kamei, funcionario del gabinete de legislación de Japón. Las tierras del Islam, al borde de la *civilisation* que decía Saleilles <sup>(76)</sup>, no visitaron París;

---

Économistes », 63 (1904), pp. 121-124 (Maurice Zablet); « La Réforme Sociale », 47 (1904), pp. 743-744 (Georges Blondel).

<sup>(75)</sup> RASMUSSEN, *Les Congrès internationaux*, cit., p. 26, para la afirmación de Picard, comisario general de la Exposición; pp. 27-28, sobre la presencia extranjera. El asunto ha sido analizado por Jean-Louis HALPÉRIN, *Associations, réseaux et ambitions nationales des comparatistes de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle a la Seconde Guerre mondiale*, en « Clio@Thémis », 13 (2017), pp. 1-14, en particular pp. 2-3.

<sup>(76)</sup> Y conviene reflexionar sobre el contenido jurídico de este término-concepto: Émile BENVENISTE, *Civilisation. Contribution à l'histoire d'un mot* (1954), ahora en ID., *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966, pp. 336-345; sobre todo Gerrit GONG, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford,

veremos enseguida que sus tradiciones jurídicas merecieron sin embargo una fugaz alusión. De los países anglosajones sólo tuvo notoriedad Frederick Pollock (Oxford), responsable de un *rapport spécial* en la sección 1ª (« Histoire de la science du droit comparé »), aunque el abogado Thomas Barclay presidió una sesión de derecho mercantil (sección 3ª) <sup>(77)</sup>; otro connacional, Montague Hughes Crackanthorpe-Cookson, « délégué du barreau anglais », desempeñó igual función para el derecho penal <sup>(78)</sup>. De los Estados Unidos — aparte la visita, más social que científica, de un grupo de abogados — Ernst G. Lorenzen, futuro profesor en Yale y entonces doctorando en Gotinga intervino en los debates de derecho cambiario (*Procès-verbaux* I, p. 123 y ss.) <sup>(79)</sup>.

Una asamblea — se proclamó con orgullo — donde « tous les pays d'Europe, les États-Unis et les principaux pays d'outre-mer y était représentés » <sup>(80)</sup>. No hace falta advertir que estas manifestaciones, algo exageradas incluso para la reducida geografía cultural del fin de siglo, reflejaban el peso concedido a las respectivas tradiciones en los estudios franceses de derecho comparado. En otras palabras, sin perjuicio de encontrarse protegido tras las preciadas fronteras de la « civilisation », el derecho angloamericano estuvo casi ausente del congreso de París.

Que la comparación se concebía aún como un análisis de los derechos codificados puede deducirse, antes de consultar las actas,

---

Clarendon Press, 1984, con notables análisis de casos (Turquía, Abisinia, Tailandia, China, Japón).

<sup>(77)</sup> Sir Thomas Barclay (1853-1941) era asesor del Canal de Suez y de la Cámara de comercio británica en la capital francesa. Cfr. Joseph FOSTER, *Men at the Bar; a Biographical Hand-list of the Members of the Various Inns of Court, including Her Majesty's Judges, etc.*, London, 1885, p. 22.

<sup>(78)</sup> Cfr. *Journal du Congrès*, 3 de agosto, p. 4; 11 de agosto, pp. 3-4. Dos presidencias honorarias, *in absentia*, ocuparon James Bryce (diputado en Westminster) y John W. Burgess (Columbia University).

<sup>(79)</sup> Cfr. Ernst G. LORENZEN, *Die wesentlichen Bestandteile des gezogenen Wechsels. Eine vergleichende und kritische Studie*, Kiel, H. Fiencke, 1901.

<sup>(80)</sup> Discurso del recordado Crakanthorpe, en *Journal du Congrès*, 11 de agosto, p. 3; también *ibid.*, p. 5, a propósito de los « représentants de la science du droit comparé, venus à Paris de tous les points de l'Europe et du monde civilisé » (Raymond Saleilles); la segunda afirmación procede de « La Lanterne » (Paris), 3 de agosto, 1900, p. 2.

de la correspondencia enviada por François Géný a Raymond Saleilles: densa antes y después de la cita, no fue casual que esas cartas abordasen, sin solución de continuidad, cuestiones del encuentro y problemas en la traducción del Código civil alemán <sup>(81)</sup>. Con los *Procès-verbaux* a la vista la estrechez de la mirada encuentra fácil explicación. Si aceptamos, con Lambert, que « le travail du comparatiste... ne serait être fructueux qu'autant qu'il s'exerce sur de législations appartenant au même stade de l'évolution » (*Procès-verbaux* I, p 48), entonces procedían las exclusiones. Quedaba ante todo fuera de foco el derecho musulmán, « à qui ses origines religieuses ont imprimé de singuliers traits », pero además « les coutumes ou les législations slaves adaptées à des civilisations et à milieux économiques encore trop différent des nôtres » <sup>(82)</sup>. También salía de la observación el *common law* y las leyes de Inglaterra y Estados Unidos (« les droits anglo-saxons »), considerando su « espíritu particularista y la tendencia conservadora » y sus complejas categorías; al máximo, en los trabajos del jurista continental esa cultura jurídica podía ocupar « une place plus effacé... à titre accessoire » (*ibid.*, p. 49) <sup>(83)</sup>. Por el contrario « la comparaison pourra être établie très utilement entre le groupe latin et le groupe germanique » (*ibid.*, p. 48), lo que nos devuelve a las cartas de Géný.

La terminología algo intuitiva empleada en esas discusiones

---

<sup>(81)</sup> Cfr. *Lettres de François Géný à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, Christophe Jamin, Frédéric Audren, Sylvain Bloquet (eds.), Paris, LGDJ, 2015, por ejemplo n° 145, 21 de febrero, 1900, pp. 243-247, n° 158, 23 de mayo, 1900, pp. 268-269; n° 172, 3 de diciembre, 1900, pp. 291-293. Sobre Huber y su código para Suiza, n° 230, 2 de marzo, 1902, pp. 376-378.

<sup>(82)</sup> Sin duda se pensaba en el originalísimo *Opsti imovisnki zakonki za knjazevinu Crnu Goru*, esto es, el Código de bienes de Montenegro (1888), pieza 'legislativa' — quiso ser una redacción de costumbres locales — frecuentemente traducida y siempre apreciada. Pero también se tenían en cuenta « des cantons de la Suisse centrale vivant sous le régime coutumier » (cfr. *Procès-verbaux* I, cit., p. 49).

<sup>(83)</sup> Y así, cuando se lanzó la « Revue trimestrielle de droit civil » dos años después, Esmein protestó en un arranque de escepticismo comparativo que « jamais la jurisprudence des tribunaux français ne saurait pénétrer dans la jurisprudence anglaise, et la réciproque n'est pas moins vraie [...] Il ne faut pas d'ailleurs regretter ces particularités techniques des diverses législations; car c'est ce qui constitue à vrai dire le droit, en tant que science ». Cfr. Adhémar ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, en la citada « Revue [...] », 1 (1902), pp. 5-19, pp. 17-18.

(« une des questions de méthode les plus délicates », confesó Lambert sobre Inglaterra) se tomaba de la ponencia de Adhémar Esmein sobre « Le Droit comparé et l'Enseignement du Droit »<sup>(84)</sup>. Único diseño de familias jurídicas que tuvieron a mano los congresistas, Esmein describía los cuatro sistemas propios de la civilización occidental, todos ellos derivados del genio de cada pueblo y de sus avatares históricos; conocerlos era el primer paso hacia una enseñanza 'científica' del derecho comparado. Sin nociones más precisas ni descripciones más detenidas, sólo cabe concluir que los « grupos » o sistemas de derechos coincidían *grosso modo* con familias de lenguas (sin salir del tronco indoeuropeo, desde luego)<sup>(85)</sup>. Y así, al más conocido y definido *grupo latino* (« comprenant la France, la Belgique, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la Roumanie et les républiques latines de l'Amérique centrale et méridionale ») seguía el *grupo germánico* (« dont les peuples scandinaves sont un rameau important et auquel il faut rattacher l'Autriche Cisleithane et même la Hongrie »), los derechos del *grupo anglosajón* (« comprenant l'Angleterre, les États-Unis, et les colonies de langue anglaise ») y finalmente — sin indicación geográfica — el *grupo* jurídico *eslavo*. Tal vez pudiera añadirse como quinto grupo « le droit musulman, qui constitue aussi un grand système original », pero las razones que aconsejaban su estudio respondían, ahora en negativo, a las consabidas fronteras de la *civilisation*: si el Islam jurídico interesaba en países europeos era « à cause des populations musulmanes de leur colonies » (*ibid.*, pp. 451-452).

Más que la presentación de estos grupos jurídicos — aceptada sin matices por los asistentes — me interesan sus omisiones. Admitida de modo tácito la debilidad de la clasificación en el *grupo germánico* (donde estaba « même la Hongrie, quoique celle-ci représente une race différente »), parece llamativa la ausencia de Extremo Oriente: a saber qué pensaron los congresistas japoneses,

---

(84) Cfr. *Procès-verbaux* I, cit., pp. 445-454; « un petit nombre de groupes », opinó Lambert, « dont chacun représente un système original » (*ibid.*, p. 48).

(85) Por ejemplo, Jules OPPERT, *Considérations générales sur la philologie comparée des langues indo-européennes*, Paris, Impr. de H. Carion, 1858, p. 11 y ss., con identificación de nueve grupos, entre los cuales las lenguas vivas de Occidente pertenecían al itálico, el eslavo y el germánico (teutónico y anglosajón).

sometidos al Código civil alemán un par de años antes que sus colegas teutones. Tampoco se escuchó una palabra sobre las colonias asiáticas de las potencias (Inglaterra, Francia, Portugal, Holanda... sin contar las concesiones de Italia o Alemania en territorio chino), auténticos laboratorios jurídicos donde tenían lugar estrategias originales de codificación <sup>(86)</sup>.

Aceptado por Lambert (un « cadre si judicieusement établi », cfr. *Procès-verbaux* I, p. 48), el diseño macro-comparativo sustentó una intervención sobre métodos que partía de una distinción fundamental (cfr. *Procès-verbaux* I, p. 61). Considerada la biblioteca que abordaba mil cuestiones dispares con la excusa del derecho comparado, esta categoría significaba, en primer lugar, una « science sociale, ayant pour but la connaissance des lois de la vie juridique » (*ibid.*, p. 46, Lambert). Al « comparatiste-historien » le correspondía abordar las experiencias más exóticas, tanto antiguas como modernas, para descubrir los ritmos y las razones de la evolución jurídica de la humanidad y de la génesis de las instituciones; la obra celeberrima de Maine ofrecía el mejor ejemplo de los servicios que una comparación así concebida aportaba al conocimiento de las culturas jurídicas. Y parecía evidente que los derechos más diversos aportaban el material de trabajo también más interesante <sup>(87)</sup>. Las asonancias de tal orientación, presente gracias a Kohler, Pollok, Tarde, Kowalewski... con las tesis de la lingüística comparada resultan evidentes <sup>(88)</sup>, y simplemente documentan la difusión que

---

<sup>(86)</sup> Así el vigoroso derecho anglo-indio que, con el *Penal Code* preparado por Thomas Macaulay y promulgado una generación después (1860), más el posterior código de obligaciones y contratos (*Indian Contract Act*, 1872), influyó en los movimientos reformistas de la metrópoli: *vid.* James FITZJAMES STEPHEN, *Codification in India and England*, en « The Fortnightly Review », 18 (1872), pp. 644-670.

<sup>(87)</sup> « M. Esmein appelle l'attention de l'assistance sur la distinction entre le droit comparé, science historique de l'évolution des institutions juridiques, et le Droit comparé, élément du droit positif; pour la première de ces deux sciences seule, l'étude des législations très divergentes présente de l'intérêt ». Cfr. *Journal du Congrès*, 11 de agosto, p. 4.

<sup>(88)</sup> A saber: (i) la identidad de la lengua (o del derecho) como un *sistema* homogéneo, coherente e idiosincrático, y (ii) su fragmentación en grupos de lenguas (o de derechos) que traen causa de un tronco originario, que conviene conocer si queremos comprender mejor los elementos derivados; cfr. Roy HARRIS, *Introduction. Comparative Philology: A Science in Search of Foundations*, en *Foundations of Indo-European Compa-*

lograba el método comparativo entre los científicos sociales del cambio de siglo <sup>(89)</sup>.

« La comparación es el primer resplandor de la inteligencia en el caos de los hechos » <sup>(90)</sup>. Pero el derecho comparado funcionaba también, en segundo lugar, como una técnica de examen de las normas vigentes, un instrumento aplicado al derecho positivo (legal y sobre todo judicial) que permitía desvelar el sustrato de principios y soluciones compartidas por varios ordenamientos en la regulación de una institución cualquiera, o bien destacar las diferencias. El fondo o común denominador, que Lambert llamó provisionalmente *droit commun législatif* <sup>(91)</sup>, exigía reducir *a priori* la variedad de elementos comparables y limitar la observación a los más cercanos, pues solo entre contextos afines — la codificación del derecho los incorporaba de modo perfecto — se lograrían conclusiones científicamente válidas. Método de investigación al tiempo que resultado, la determinación doctrinal del *derecho común legislativo* mostraba las vías de aproximación, incluso de paulatina unificación jurídica, entre los regímenes jurídicos estudiados; la regulación o la propuesta técnica de superior calidad (más social, más económica, más progresiva) orientaría las futuras reformas legislativas <sup>(92)</sup>. « M. Géný

---

*rative Philology, 1800-1850*, London, Routledge, 1999, con una antología de la imponente obra de Franz Bopp. Expresas alusiones a la gramática comparada se deslizaron en la ponencia de Lambert: cfr. *Procès-verbaux* 1, cit., p. 31.

<sup>(89)</sup> *La comparazione nelle scienze sociali*, Giovanni Sartori, Leonardo Morlino (curs.), Bologna, il Mulino, 1991.

<sup>(90)</sup> Raoul DE LA GRASSERIE, *Concept général et définition de la science du Droit comparé*, en *Procès-verbaux* 1, cit., pp. 198-226, p. 204. Para Durkheim « la sociología comparada no es una rama más de la sociología; es la misma sociología en la medida en que aspira a dar cuenta de los hechos », cfr. *La comparazione nelle scienze sociali*, cit., texto en p. 28.

<sup>(91)</sup> « Expression de combat, qui vise plutôt le produit de cette science [se refiere al derecho comparado] que cette science elle-même », donde el adjetivo « législatif » incluía la actividad judicial; por eso no puedo seguir a Hans-Jürgen PUTTFARKEN, *Droit commun législatif und die Einheit der Profession. Eine ketzerische Reflexion zur Rechtsvereinheitlichung*, en « Rabels Zeitschrift », 45 (1981), pp. 91-105, p. 97 con referencia a Lambert: « es ging nur um die Gesetzesvergleichung ».

<sup>(92)</sup> « M. Thaller fait remarquer », se anotó en la crónica de las discusiones, « que l'interprétation du droit, si elle se produit dans le sens de l'élaboration d'un droit commun législatif, aura pour résultat de restreindre singulièrement les questions de

demande », anotó el *Journal du Congrès* (11 de agosto, p. 4), « laquelle de deux méthodes paraît préférable pour l'unification du droit, de celle qui consiste à prendre dans chacune des ressemblances et à se débarrasser des dissemblances, ou celle qui consiste à s'en rapporter à une législation-type considérée comme la meilleure. M. Lambert préfère le premier procédé, plus scientifique ». Y otra vez parecen evidentes las asonancias, pues la terminología de Lambert — utilizada por otros: Saleilles, Thaller, el recordado Gény — calcaba *expressis verbis* el « droit commun coutumier » del antiguo régimen, un derecho doctrinal basado en las costumbres territoriales que se afirmó *imperio rationis* como « droit général de la France »; sus mayores representantes — Charles Dumoulin, Guy Coquille, Robert-Joseph Pothier — « ont été », afirmó el ponente, « des comparatistes »<sup>(93)</sup>.

La historiografía del congreso de París desconoce ciertos extremos que permiten valorar la genealogía de esas tesis. Se ha olvidado por ejemplo que los razonamientos anteriores aparecen en el comentario que, antes del encuentro, publicó Lambert sobre la *Méthode d'interprétation...* de Gény<sup>(94)</sup>. Tanto entonces como en el *rapport* de la sección 1ª el binomio *droit commun législatif* — *droit commun coutumier* aportaba una analogía eficaz para explicar el paso de la diversidad normativa a una (relativa, flexible, ideal) unidad jurídica, y pronto circuló la distinción entre un « derecho común legislativo interno » — con ejemplos que no perdonaban España, Italia... y llevaban incluso a Inglaterra — y otro « externo » o inter-estatal, derivada lógica de aquella analogía<sup>(95)</sup>.

En realidad, el derecho suizo y « la France coutumière »

---

conflit de lois. Cela est sur tout vrai au point du vue du droit commercial », cfr. *Journal du Congrès*, 11 de agosto, p. 4.

<sup>(93)</sup> *Procès-verbaux* I, cit., p. 40. El motivo fue desarrollado por Edmond MEYNIAL, *Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres*, *ibid.*, pp. 269-309.

<sup>(94)</sup> *Une réforme nécessaire*, cit., en particular p. 240 y ss., escrito antes del congreso pues el autor aparece como « Prof. agrégé à la Faculté de droit de Lyon » (su acceso a la cátedra fue el 29 de julio, 1900).

<sup>(95)</sup> Léon PAUMIER, *Introduction au Droit comparé* (thèse présentée et soutenue le 17 Novembre 1902), Nantes, R. Guisthau — A. Dugas Impr. — Éd., 1902.

habían sido los dos argumentos avanzados por Saleilles en una extensa nota — estamos en 1893 — sobre el *System und Geschichte des schweizerisches Privatrecht* de Eugen Huber<sup>(96)</sup>. El *mare magnum* jurídico de Suiza, un país de peor condición que la vieja Francia donde, se sostenía, había sido relativamente simple « d'y trouver les éléments d'un droit commun unitaire », no impidió al colega de Berna « d'étudier le droit privé de la Suisse cantonale sur la donnée d'un droit commun au moins virtuel, dont les diversités cantonales ne soient que des variantes qui... laissent entrevoir pour l'avenir l'éventualité d'une fusion progressive, et peut-être, au dernier terme, celle de l'unification même sur le terrain du droit privé ». De ahí la necesidad de contar con Huber para el congreso. « J'avais en effet l'intention de demander une communication sur votre avant-Projet Suisse » le escribió Saleilles, « étudié au point de vue de l'unification du droit civil en Suisse, et de la part faite à la compénétration des droits locaux historiques dont il est la résultante... C'est en effet là un bon monument de droit comparé, car si le Droit comparé commence par l'étude et la constatation des diversités nationales, c'est en vue de favoriser la formation ultérieure d'un Droit commun qui facilite les rapports entre les hommes »<sup>(97)</sup>. El interés de Saleilles por la codificación helvética, modelo a escala de grandes retos internacionales pero también la prueba irrefutable de la misión que correspondía a la doctrina como fuente material (« agent créateur ») de la legislación<sup>(98)</sup>, se mantuvo en lo sucesivo<sup>(99)</sup>.

---

(96) Cfr. « Nouvelle revue historique de droit français et étranger » [NRHDFE], 18 (1894), pp. 764-776, p. 765 para lo que cito a continuación. Saleilles volvió sobre el punto en la clausura del congreso parisino: cfr. *Journal du Congrès*, 11 de agosto, p. 6.

(97) 22 de marzo, 1900, en *Recht im Fin de siècle*, cit., n° 19, pp. 93-94. Cfr. también carta de 4 de abril, n° 20, pp.95-96: « Lambert m'écrivait que personne mieux que vous ne paraissait qualifié pour trouver la formule exacte que nous cherchons et que nous voudrions voir développer ».

(98) « Lorsque la doctrine s'élève à la hauteur d'une telle mission », escribió Saleilles sobre el *System* de Huber (p. 765), « ce n'est pas seulement le rôle toujours un peu inférieur de l'interprète qu'elle assume, mais celui autrement fécond d'agent créateur dans la formation même et l'évolution progressive du droit ».

(99) Raymond SALEILLES, *De la succession paysanne dans l'avant-projet de code civil suisse*, en « La Réforme sociale », 44 (1902), pp. 144-164; del mismo, *La situation de la femme mariée en Suisse*, en BSLC, 38 (1908-1909), pp. 151-161.

Más allá de mostrar los desarrollos de Lambert en función y dependencia de las intuiciones del maestro, los textos examinados se ceñían al terreno de reglas y experiencias incorporadas en códigos cantonales o en el derecho privado de este o aquel otro *Land* alemán: supuestos de « *droit commun législatif interne* » en los términos de aquel Paumier que se doctoró en Grenoble. Cuando mediaban ordenamientos más distanciados las categorías de Esmein resolvían de momento el problema, pues la comparación jurídica (« *instrument de révélation du droit commun législatif* ») sólo se entendía posible tratándose de derechos del mismo *grupo* o de derechos adscritos a *grupos* emparentados <sup>(100)</sup>. Observado desde Francia el Código civil alemán ofrecía un excelente fundamento para el trabajo comparativo, mientras que el relativo fracaso de la codificación en los países anglosajones — entendiéndose los códigos « *point de départ de la constitution d'un droit commun législatif* » (*ibid.* p. 42) — impedía incluir esos ordenamientos en los análisis de la especialidad. Y sin embargo, Gran Bretaña (y los Estados Unidos) eran socios de referencia en el selecto *club* de « *l'humanité civilisée* », así que su posición « *accesoria* » en las investigaciones comparadas, aceptada la irrelevancia de Asia y del Islam, causó perplejidad. « *M. Géný demande* », recogieron las actas (*ibid.*, p. 94), « *quelques explications sur les raisons qui lui font exclure des législations européennes capables de contribuer à l'élaboration du droit commun législatif, celles du groupe anglosaxon et du groupe slave* », lo que recibió una respuesta elusiva: « *M. Lambert n'exclut pas complètement le groupe anglosaxon; il se déclare insuffisamment renseigné à l'égard du groupe slave* » <sup>(101)</sup>.

Con el paso de los años los estudios sobre las fuentes del derecho soviético (1925-1926), la regulación del matrimonio (1936)

---

<sup>(100)</sup> Al cabo de unos años el concepto vino como anillo al dedo para describir los tratados generales elaborados por la doctrina y dar a conocer la legislación uniforme de los Estados Unidos: cfr. LAMBERT, *L'Enseignement du Droit comparé*, cit., p. 73 y ss. así como el comentario a este volumen de Henri Capitant en RIE, 75 (1921), pp. 75-77, cfr. p. 76 sobre el « *droit commun législatif américain* ».

<sup>(101)</sup> Y la falta de código en Rusia favoreció la exclusión. « *M. Borowitinoff donne quelques explications sur l'état encore incomplet du droit slave* », advirtió el *Journal du Congrès*, 11 de agosto, p. 4, refiriéndose a Mijail Borowitinoff, de la Universidad de San Petersburgo.

y las empresas públicas (1936) saldaron la deuda pendiente con el tal grupo eslavo. Tampoco faltó en el *Institut* curiosidad para conocer los retos jurídicos que sacudían la China republicana, entre otros trabajos sobre el lejano Oriente (1925, 1928, 1931). Y qué decir del « groupe anglosaxon », cuando *L'Enseignement du droit comparé* anunció que la obra de Lambert (control de constitucionalidad, derecho uniforme, conflictos entre el capital y el trabajo, doctrinas de Story) y la producción de sus discípulos (Madier, *American Bar Association*; Favre-Gilly y Barret, política de precios fijos; Wasserman, *Federal Trade Commission*; Al-Sanhoury, pactos sobre iniciativa empresarial; Tag-Eldine, *misrepresentation*; el-Araby, competencia; Burgess, *Non Partisan League*; el-Bassaouni, lesión; Baratier, autonomía sindical; Streichenberger, sociedades anónimas; Valeur, educación jurídica; Trévoux, industria eléctrica; Chachuat, control de natalidad; Del Marmol, quiebra) los consagraba como especialistas en derecho anglo-americano.

Antes de ese momento, correspondiente a las acciones del *Institut de Droit comparé* en los años Veinte y Treinta, el « groupe anglosaxon » no dejó de recibir una cierta atención. A pesar de Lambert, limitado al terreno del derecho privado (« notre science se cantonne dans le domaine du droit privé »), otros congresistas corrigieron esta visión. Por ejemplo, Maurice Delandres (Dijon), voz escéptica ante la recepción de instituciones políticas extranjeras (*Procès-verbaux* 1, pp. 355-364), consideró la suerte de la Constitución de Inglaterra en los Estados Unidos (y por este medio, en las repúblicas latino-americanas), para extenderse sobre « la vanité de ces transplantations, de ces emprunts internationaux » (p. 363). O el propio Saleilles al estudiar la crisis del régimen parlamentario, cuestión donde la matriz inglesa se imponía con relevancia pues, en países continentales, « le gouvernement parlementaire s'est introduit par voie d'importation » (p. 77) <sup>(102)</sup>. En general, el parlamenta-

---

(102) La bibliografía de Saleilles (*vid. Recht im Fin de siècle*, cit., p. 199 y ss.) aporta el testimonio de su interés por esa cultura jurídica, con algunas traducciones y reseñas. Cfr. también, de este autor, *Le homestead aux États-Unis. Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable*, en « Bulletin de la Société des amis de l'Université de Dijon », 3 (1895), pp. 23-54. En su tesis de doctorado Saleilles había dado cuenta de la legislación inglesa: cfr. *De la possession des meubles en droit romain. L'aliénation des*

rismo de Gran Bretaña, las modalidades y formas de la representación y el federalismo americano — incluso la aclimatación del *judicial review* en Europa — no faltaron en las intervenciones de esta sección <sup>(103)</sup>.

Suspendida entre el derecho público y el derecho privado la *législation industrielle*, un conjunto institucional que resistía mal la *summa divisio iuris* (y que sólo podía construirse desde la comprensión sociológica del derecho), motivó — lo sabemos — que Lambert dejase sus investigaciones privatísticas. La atención dedicada al derecho obrero en el congreso había llevado a proponer la existencia de otra familia jurídica: un « groupe néo-saxonne », propuesto por Paul Pic (1862-1933), otro de los profesores de la « Nouvelle Faculté ». Formado por las colonias británicas auto-gobernadas, y así Australia o Nueva Zelanda, la intervención superior del Estado en la vida social era su característica primordial; el salario mínimo, el arbitraje (obligatorio) en conflictos laborales, la jornada de ocho horas... logros sociales que pronto se expandieron por otros países occidentales, componían un campo jurídico donde la circulación de modelos extranjeros y la convergencia de regulaciones expresaban « une véritable pénétration mutuelle des lois sociales de l'Ancien et du Nouveau-Monde... une sorte d'internationalisation virtuelle du droit social, qui constitue l'un des phénomènes les plus intéressants de l'activité législative, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle » <sup>(104)</sup>.

#### 4. *De París a La Haya (el derecho comparado como disciplina).*

Nuestro comparatista en ciernes, investigador que buscaba por códigos y sentencias (« droits vivants et reliés par un lien de pa-

---

*valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui en droit français*, Paris, Alphonse Derenne, 1883, p. 576 y ss.

<sup>(103)</sup> Cfr. Ferdinand LARNAUDE, *Législation comparée et Droit public*, en *Procès-verbaux* I, cit., pp. 364-380. Para los Estados Unidos, *vid.* [John R.] COMMONS, *La représentation proportionnelle au point de vue américain*, *ibid.*, pp. 420-431.

<sup>(104)</sup> Paul PIC, *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine de la Législation économique et sociale et spécialement de la Législation ouvrière*, en *Procès-verbaux* I, cit., pp. 431-436, p. 433, p. 435. Cfr. Farid LEKÉAL, *Paul Pic entre Code civil et Code du Travail: les voies de réformisme juridique*, en *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques*, cit., pp. 153-171.

renté ») una norma ideal con la mirada puesta en la unificación jurídica, acabó por entender que la legislación económica y laboral ofrecía la mejor materia, no sólo para renovar la dogmática civilística y sus cánones de interpretación; también servía para aplicar nuevos métodos a una realidad palpitante (« développée parallèlement en Europe et en Amérique... a revêtu fatalement, en raison de son origine même, un caractère de généralité, que peu de lois présentent au même degré ») donde el experto en derecho trabajaba junto a los especialistas en ciencias sociales. Con los materiales del congreso apenas se podía intuir el rumbo del *rapporteur* tras ocupar la cátedra de derecho comparado. Tampoco es sencillo calibrar la relevancia de ese encuentro para elevar la ius-comparación al rango de materia jurídica diferenciada. Si dejamos para otra ocasión el estudio de esa cátedra y sus muchos logros, podremos ocuparnos ahora en el segundo punto.

En efecto, ¿qué quedó del congreso de París? ¿Nació en 1900 una nueva *disciplina*? ¿Qué contenidos, qué procedimientos empleaba? ¿Cuáles fueron sus objetos de estudio? ¿Cómo se configuró el círculo de estudiosos que la sacó adelante? ¿Hubo un entramado institucional — cátedras, centros de trabajo, encuentros periódicos, revistas — que le diera forma? Sepamos de inmediato que la constitución de una disciplina académica exige un proceso de organización de los saberes — donde tal vez esté la respuesta de las preguntas anteriores — que no coincide necesariamente con la existencia de una, incluso de una bien delimitada, especialidad científica.

A veces sirven los mitos fundacionales: la « escuela de Eduardo de Hinojosa », por ejemplo, para la historia del derecho en España, o el congreso de 1900 tratándose de la comparación jurídica, « one of the foundational myths of comparative law »<sup>(105)</sup>. Desde luego, tal vez resulte *mítico* el encuentro de París para cuantos consultamos las actas a fin de describir la tradición intelectual de la ius-comparación, pero los contemporáneos — para comenzar, el propio Lambert — consideraron ese congreso cosa de

---

<sup>(105)</sup> FOURNIER, *The 1900 Paris Congress*, cit., p. 5; también, unos años antes, Annelise RILES, *Introduction*, en *Rethinking the Masters of Comparative Law*, cit., pp. 1-18, p. 4: « a classical trope in comparative legal scholarship ».

otro tiempo, un ensayo al que nadie atribuía, pasada una generación, la condición inaugural que le tocaba por fecha. Basta consultar el *Livre du cinquantenaire* de la *Société de législation comparée* para comprobar que ni siquiera esta institución se tomaba en serio, a los veinte años de su celebración, el encuentro científico que ella misma había convocado (106).

Acaba de recordarse que la identificación del derecho industrial y del trabajo y del comercio internacional como el espacio más idóneo para los estudios comparativos permitió a Lambert clausurar otras estrategias de pesquisa. Los trabajos posteriores se centraron en ese poliédrico escenario, reforzado tras la Guerra con la creación del *Bureau international du Travail*, que de inmediato llamó su atención; la monografía sobre *Le gouvernement des juges...* abordaba, en sustancia, la cerrazón de la *US Supreme Court* ante leyes que pretendían sortear los efectos peores de la industrialización (107). Y el derecho musulmán, dejado *pro futuro* en el congreso de 1900, se alternó ahora — esto también lo sabemos — con la legislación económico-social en su mesa de trabajo.

El olvido de París — su irrelevancia para fundamentar la especialidad — se comprueba con otra iniciativa que sacudió la Internacional de los comparatistas: me refiero al congreso de 1932 celebrado en el *Palais de la Paix* de La Haya. Las circunstancias de

---

(106) Cfr. *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919)*, I-II, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1922. Aparte la evocación ceremonial del presidente de la *Société*, el profesor parisino Ferdinand Larnaude (cfr. *ibid.*, I, p. 11), solamente Lévy-Ullmann prestó cierta atención al congreso de 1900: cfr. Henri LÉVY-ULLMANN, *Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers*, *ibid.*, I, pp. 81-107.

(107) Sobre el *Bureau* y sus primeras acciones, *vid.* Édouard LAMBERT, *La documentation jurisprudentielle comparée. Les débuts du reportage de loi internationale. Le Dor et la Revue international du travail*, en BSLC, 52 (1922-1923), pp. 369-378; también, *La Jurisprudence internationale du Travail et le Droit comparé*, en « *Revue de l'Université de Bruxelles* », 32 (1926-1927), pp. 455-477. Sobre el control de constitucionalidad *more americano*, cfr. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard & C<sup>ie</sup>, 1921; también, *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des États-Unis*, en *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, pp. 467-505.

esta asamblea marcaron las distancias con su antecedente, lo que aconseja prestarle atención <sup>(108)</sup>.

Sabemos que el encuentro de París se gestó (nacionalmente) a impulsos de Raymond Saleilles, amparado por la *Société de législation comparée*. Signo de otros tiempos, la cita de La Haya fue convocada por una entidad de vocación universal: la *Académie internationale de Droit comparé*, una corporación fundada en 1924 con la presencia (reticente) de nuestro profesor — único titular en Francia de cátedra así denominada — entre sus promotores <sup>(109)</sup>. Inicialmente escéptico, incluso duramente sarcástico, ante esta asociación (« une liste de comparatistes, pour la plupart sans qualification ») <sup>(110)</sup>, la existencia de este espacio de trabajo — no se creó, a

---

<sup>(108)</sup> Édouard LAMBERT, *Le rôle d'un Congrès international de Droit Comparé en l'an 1931. Rapport fait à la séance solennelle de l'Académie internationale de Droit Comparé le 1<sup>er</sup> août 1929 à la Haye*, Paris, Marcel Giard, 1929. Cfr. p. 7, sobre París, « que ne fut, en fait, qu'un Congrès européen ne groupant guère que les membres ou les amis de la Société de législation comparée française [...] qui n'a pas même réussi à propager une conception ferme et uniforme du rôle du droit comparé ».

<sup>(109)</sup> Jean-Louis HALPÉRIN, *Associations, réseaux et ambitions nationales des comparatistes*, cit., p. 2 (París), p. 11 y ss. (Academia internacional de Derecho comparado).

<sup>(110)</sup> Cfr. en *Wigmore Papers*, "General Correspondence Files": Édouard Lambert, box 80, folder 8, una carta manuscrita de elevado interés, girada por Lambert a Wigmore a 13 de julio, 1925, donde se expresaba en durísimos términos. « Je vous ai déjà laissé entrevoir les raisons qui m'ont obligé à laisser inscrire mon nom sur une liste de comparatistes — pour la plupart sans qualification — qui a été établie sans que je sois ni consulté, ni pressenti. Cette liste a été établie à Paris par un étudiant lithuanien, Elemér Balogh [en realidad, Elemér Balogh, 1883-1955, había nacido en Bajmok (Vojvodina), entonces perteneciente a Hungría], sous les auspices de mon jeune collègue de Paris, Lévy Ullmann [...] Le brave Lithuanien a voulu se donner chez lui l'apparence d'un homme de science en exploitant notre superstition française des académies, c'est à dire notre indulgence pour le parasitisme scientifique. Il a trouvé, pour l'appuyer, le concours de Lévy Ullmann, un professeur parisien qui, appelé en 1918 à une chaire de droit comparé qui avait été illustrée par Saleilles et occupé depuis par un série de civilistes ne s'intéressant pas à ces études, a été heureux de pouvoir se constituer une possession d'état de comparatiste en créant — comme vous le dites très justement — une liste d'*Immortels in comparative law* et en s'inscrivant, lui, son élève et ses amis, sur cette dite liste. Pour éviter de sombrer immédiatement sous le ridicule, les créateurs de cette académie ont inscrit d'office quelques noms connus d'hommes qui, comme Vinogradoff, Pollock, Vivante, Anzilotti, Scialoja ou Pound n'ont guère travaillé jusqu'ici sur la jurisprudence comparative, ou Lyon-Caen, qui, en dehors de son œuvre de commercia-

pesar de sus deseos, ningún otro <sup>(111)</sup> — convirtió la incipiente estructura en una red de contactos que se reveló de utilidad para sus

---

liste, a au moins rendu quelques services au droit comparé par sa participation à des conférences internationales, comme celles de La Haye sur l'unification des *Negotiable Instruments*. Et, derrière ces patrons, trop polis pour refuser leurs noms, mais peu disposés à donner une coopération, ils ont glissé ceux d'une série d'inconnus ». En realidad, la dura opinión de Lambert sobre Lévy-Ullmann (1870-1947) y su círculo había comprometido la financiación de un proyecto del colega parisino, lo que le exigía ahora prudencia: « Il m'a été impossible de refuser de laisser inscrire mon nom, sans risquer de me brouiller avec mes collègues de l'Université de Paris. Je venais, au moment où l'on m'a annoncé la constitution de cette académie, de signaler les stupéfiantes preuves d'ignorance scientifique que révélait une publication faite par Lévy Ullmann, au nom de la Faculté de droit de Paris, sous le titre de Bulletin d'information législative. Et mes critiques avaient amené un banquier, M. Albert Kahm, qui fournirait les fonds pour ce bulletin, à retirer sa subvention. Je n'ai pas voulu aggraver une querelle entre travailleurs scientifiques et vulgarisateurs sans soucie de documentation, en signalant l'extraordinaire fantaisie d'une liste de pseudo-académiciens qui omettait des noms, comme le votre pour les États-Unis, comme celui d'Eugen Huber, l'auteur du Code civil Suisse, ceux de Alberto [sic *por Giorgio*] del Vecchio et Sarfatti pour l'Italie, celui de Léopold Dor pour la France. Je n'ai pas voulu non plus relever ce qu'il avait de fantaisiste dans la composition d'une section orientale où l'orient était représenté par M. Blanchard, un professeur de l'école française du Caire, qui n'a écrit que des contributions de peu de valeur sur le droit international public; comme Walton, l'un de mes successeurs à l'école Khédiviale de droit du Caire, qu'il a quittée depuis trois ans, et qui, au cours de son séjour en Égypte, n'a découvert ni le droit musulman, ni le droit égyptien contemporain, ou mon ancien collaborateur du Caire, Goadby, qui ne s'est jamais intéressé aux institutions juridiques de l'Orient. Cette composition du groupe oriental — où pas un seul juriste de la Chine et du Japon, ni même de l'Europe orientale, en dehors du jeune docteur Balogh, ne figure — est peut-être ce qu'il y a de plus paradoxal dans la composition de cette chapelle parée du nom pompeux d'académie ».

<sup>(111)</sup> « Mais je crois, tout aussi sincèrement que vous, qu'il serait désirable de faire à l'heure actuelle pour le droit comparé et pour le rapprochement de nos divers droits commerciaux l'équivalent de ce que l'*International Law Association* a fait pour la discipline rivale de droit international privé. J'estime que l'initiative de la constitution d'un organisme viable, unissant en un solide faisceau les compétences commerciales et les compétences juridiques, ne pouvait guère être prise pour l'instant que par les États-Unis. L'expérience de votre *Commission on Uniform State Laws*, et des difficultés qu'elle a rencontrées le long de sa route, vous prépare mieux que tous autres pour tracer les voies à suivre. Quoique que votre pays se soit refusé jusqu'ici à faire partie de la Société des Nations, il a apporté, depuis la fin de la guerre, son concours et ses directives à bien d'autres œuvres de rapprochement international, notamment au travail du B.I.T. Et vous pourriez, sur ce terrain comme sur tant d'autres, nous aider à franchir la transition entre une League of Nations et une véritable Société des Nations », *ibid.*

planes: esto es, « la propagande pour le développement du droit comparé » <sup>(112)</sup>.

La colaboración de Lambert con la *Académie* se documenta desde 1928, cuando salió su contribución « Le droit commun de la Société des Nations ». Trabajo de vocación polémica y sentido autocrítico, Lambert volvía al motivo de la unificación jurídica — la tesis dominante en sus estudios — con reconocimiento, entre otros « esfuerzos de propaganda científica... [de] la actividad de nuestra Academia » <sup>(113)</sup>. Congraciado de ese modo con la joven institución, el envolvente « esprit d'internationalisme » de esas páginas le llevó poco después a sugerir un congreso; una (¿segunda?) cita científica que « ne saurait être ni une répétition ni le prolongement du congrès de Paris... parce que depuis 1900 les perspectives ouvertes à l'action du droit comparé se sont singulièrement élargies » <sup>(114)</sup>.

Pensado para 1931, celebrado finalmente el año sucesivo, el *congrès international* de La Haya (2 a 5 de agosto, 1932) superó la *législation comparée* de los profesores franceses (y de su reducida cohorte de amigos) para exhibir la pujanza de una especialidad que saltaba por fin las fronteras <sup>(115)</sup>. Una *disciplina* abierta a tradiciones

<sup>(112)</sup> Édouard LAMBERT, *Le congrès international de droit comparé de 1932. Les travaux de la section générale. Souvenirs d'un congressiste*, Lyon, A. Rey — Paris, Sirey, 1934, p. 5. Y se trataba (*ibid.*, p. 6) de una eficaz « propagande [...] pour aiguiller [la] discipline dans de voies résolument internationales ».

<sup>(113)</sup> Édouard LAMBERT, *Le droit commun de la Société des Nations. Ses organes actuels. Ses organes à venir. (Le besoin d'une Faculté de Droit internationale)*, en « Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé », 1 (1928), pp. 126-157.

<sup>(114)</sup> LAMBERT, *Le rôle d'un Congrès international*, cit., p. 3. La difusión de la moción en otros ambientes y lenguas avaló la oportunidad del encuentro: cfr. « Mémoires de l'Académie [...] », 2 (1934), 1, pp. 461-472, más *Annexes*, pp. 472-480; *El papel de un congreso de Derecho Comparado en el año 1931 y resumen de las deliberaciones de la Academia Internacional de Derecho sobre este asunto en sus sesiones de 1 y 2 de agosto de 1929*, en « Revista de Derecho Internacional », 16 (1929), 22 pp. en separata (La Habana, 1930); *An International Congress of Comparative Law in 1931*, en « Illinois Law Review », 24 (1929-1930), pp. 656-665, en colaboración con John H. Wigmore). *Vid.* aún H. MILTON COLVIN, *Editorials. The Forthcoming International Congress of Comparative Law at The Hague*, en « Tulane Law Review », 5 (1930-1931), pp. 610-613, pero allí mismo publicó Roscoe Pound, a modo de contexto, *The Revival of Comparative Law*, pp. 1-16.

<sup>(115)</sup> El propio Lambert aportó el documento principal que nos permite conocerlo: cfr. *Souvenirs d'un congressiste*, cit.

no-occidentales (pues « l'industrialisation progressive de nos sociétés est un phénomène d'ampleur mondiale », p. 4) y a un sistema de fuentes donde las convenciones profesionales y los usos del trabajo, la industria y el comercio a escala internacional establecían — « con o sin los juristas » (Lambert) — conjuntos autónomos de reglas, ajenos a las instancias estatales. Las instituciones de alcance supranacional — a comenzar por la Sociedad de Naciones, más la Oficina internacional del Trabajo en Ginebra, la Corte permanente de arbitraje en La Haya, el romano UNIDROIT — se presentaban como una « atmósfera de mentalidad internacional » que ofrecía a los estudiosos « des conditions infiniment plus propices à l'accomplissement d'un travail efficace que celles qu'avaient rencontrées leurs prédécesseurs de 1900 » (p. 6). Las diferencias de contexto y el número y el origen de los participantes — la amistad con Wigmore reservó a los americanos una presencia relevante; tampoco faltaron « orientales » cercanos a Lambert — hicieron de La Haya el *primero* de una larga serie de congresos que llega a nuestros días <sup>(116)</sup>.

De París a La Haya, con el laborioso Lambert a modo de *trait d'union*, se produjo la transformación de la *especialidad* en una *disciplina* <sup>(117)</sup>.

Apenas comenzamos el análisis de esta dimensión de los saberes, situada en algún punto intermedio entre la sociología académica y la historia del pensamiento jurídico. Cabe cuando menos aceptar que el concepto de *disciplina* presenta una vertiente institucional y otra social. Si la primera exige delimitar un campo de estudio y crear las estructuras que lo sostienen y reproducen (cátedras, academias, asignaturas, programas de lecciones), la dimensión social descansa en una red de especialistas que se comunican por sus textos y ofician sus ritos (revistas, tratados, conferencias, congresos).

---

<sup>(116)</sup> *The First International Congress of Comparative Law*, breve folleto sin indicación de lugar ni sede de impresión, pero ca. 1932 (Law Library, University of California at Berkeley, sig. K555.I61 1st S87 1932). También, *expressis verbis*, A[ndré] J. BOYÉ, *Réflexions introductives aux sciences juridiques*, en « L'Égypte contemporaine », 26 (1935), pp. 167-183, p. 177 (n. 1).

<sup>(117)</sup> De interés general, cfr. *Qu'est-ce qu'une discipline juridique? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Frédéric Audren, Ségolène Barbou des Places (dirs.), Paris, LGDJ, 2018.

Por eso se ha afirmado que toda *disciplina* supone « un modo de conocimiento sistemático que se realiza en una variedad de retos sociales institucionalizados »<sup>(118)</sup>.

Ninguna de esas cuestiones estaba resuelta en 1900. Para comenzar, sin merma de su vocación internacional, el congreso de París nunca perdió un fuerte acento francés; con más prácticos que teóricos en el « comité d'organisation », la causa de la comparación se debatía entre la mejora (genérica) del derecho nacional y la (concreta) reforma del *Code civil (des français)*<sup>(119)</sup>. Y los mismos personajes — Saleilles, en particular — que habían acudido a la cita participaron en la fundación, poco después del congreso, de la *Société d'études législatives*. Preocupada esta institución en « donner un développement nouveau aux études de législation, dans toutes les branches du droit, et particulièrement dans celle du droit privé, en vue surtout de faciliter la réforme des Codes et les Lois »<sup>(120)</sup>, la celebración del centenario del *Code*, principal actividad de la asociación, se concretó en unas jornadas (« la révision du Code civil, son opportunité, son caractère, sa procédure ») e intervenciones de « plus de quarante publicistes et juristes français et étrangers »; otro *congrès international*, aunque de escala menor<sup>(121)</sup>.

Ciertamente, el « groupe latin » de Esmein tenía su referente en el vetusto cuerpo legal. Los cien años del *Code* eran efemérides nacional pero también acontecimiento (casi) universal, y contra el *Code civil* y su general entendimiento habían chocado los esfuerzos

<sup>(118)</sup> Michel LECLERC, *La notion de discipline scientifique*, en « Politique », 15 (1989), pp. 23-51, p. 23.

<sup>(119)</sup> « M. Jossierand constate que la comparaison des autres législations », informó Lambert (*Procès-verbaux* 1, cit., p. 36) « est de nature à faire connaitre au législateur de chaque pays beaucoup plus sûrement que des mouvements d'opinions souvent factices *la route à suivre et sur laquelle doivent s'échelonner ses réformes*. L'étude du droit comparé révélera au législateur l'existence d'un certain nombre de grands courants juridiques *qu'il peut descendre plus ou moins rapidement, mais auxquels il ne saurait résister impunément* » (citas literales de Jossierand en cursivas).

<sup>(120)</sup> Art. 3 de los *Statuts*, en « Bulletin de la Société d'études législatives », 1 (1901-1902), pp. 5-10.

<sup>(121)</sup> *Ibid.*, 4 (1905), pp. 21-24 (Charles Lyon-Caen), p. 23. Y una simple ojeada a los miembros del « comité d'organisation » de 1900 nos adelanta la lista futura de socios de *Études législatives* (Picot, Aucoc, Challamel, Renault, Masigli, Esmein, Saleilles...).

de Saleilles cuando preparaba el congreso de 1900 <sup>(122)</sup>. « Je lutte contre bien des difficultés », sabemos que escribió al amigo Huber, « dont la principale est de faire entendre à beaucoup de gens, qui ne s'en doutent pas, ce qu'est que le droit comparé... la science du droit comparé n'est pas définie, son objet n'est pas précisé, la méthode n'est peut-être pas découverte ». Sin definición, objeto ni método, con el radio de observación ceñido a la ley (occidental) codificada, los congresistas de París no hallaron un mínimo consenso sobre la materia que los ocupaba. « M. Duguít demande », leemos en las actas, « si le droit comparé est une science indépendante de la science du droit, s'il mérite la qualification de *science*. Sir F. Pollock appuie les paroles de M. Duguít et est d'avis que le droit comparé n'est pas une science propre, mais qu'il n'est que l'introduction de la méthode comparée dans le droit » (cfr. *Procès-verbaux*, I, p. 60).

La respuesta del ponente nada supo añadir (« M. Lambert répond à M. Duguít qu'il ne prétend pas trancher la question », *ibid.* p. 61), mas había quedado claro que el paso de la « méthode » a la « science » — la conversión de la *especialidad* en *disciplina* — se encontraba aún distante: cualquier rama jurídica podía (y debía) utilizar el método en cuestión — el congreso de París lo había demostrado con el régimen parlamentario, los títulos de crédito, la criminología — sin necesidad de técnicos formados *ad hoc* en experiencias remotas, conocedores de familias diferentes, sobre todo: estudiosos de fuentes — en particular la llamada jurisprudencia comparativa — que iban más allá y más lejos de la ley nacional.

Un momento decisivo para la afirmación del derecho comparado tuvo lugar en 1921. Ya sabemos que el propósito de enseñarlo en Lyon surgió en el curso de la Guerra, con la crisis de legitimidad de la dogmática alemana y el reconocimiento mutuo de juristas franceses y americanos. El proyecto de la *Faculté Nouvelle* pecó entonces de ambición (se quería un centro para impartir tres materias: historia jurídica, derecho civil y derecho mercantil, siempre en

---

<sup>(122)</sup> « A côté de ce procédé purement législatif », advirtió Saleilles, « il en est un autre plus inconscient, plus impondérable peut-être, mais d'une application plus universelle encore, c'est celui qui se réalise par voie d'importations coutumières et doctrinales ». Cfr. *Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès*, en *Procès-verbaux* I, cit., pp. 9-17, p. 12.

perspectiva comparada, con dos plazas de profesor agregado); los promotores tuvieron que conformarse («à titre de pierre d'attente») con la dotación de una cátedra, que desde luego ocupó Lambert<sup>(123)</sup>. En lo relativo a la historia comparada, el congreso de París sirvió para superar aquella orientación sociológica que buscaba descifrar en tierras lejanas y tiempos remotos la evolución de la vida colectiva; pasada la Guerra interesaba más bien conocer las diferencias de terminología y de técnicas y métodos de elaboración del derecho, producto de «accidents relativement anciens des diverses histoires nationales», que separaban los sistemas jurídicos de Occidente. La atención prestada al «groupe anglosaxon» potenciaba además la vieja predilección del catedrático por la decisión judicial entre las fuentes, un punto de «droit coutumier contemporain» que había argumentado en su tesis sobre el contrato a favor de tercero y reforzado con otras investigaciones<sup>(124)</sup>. «Puisqu'il faut choisir» — confesó al describir sus cursos de «jurisprudence comparative» (cfr. *L'Institut...* pp. 13-14) — «le choix paraît dicté par les conditions de la structure juridique de la société actuelle... Pour un professeur lyonnais, la tâche la plus urgente de l'enseignement de la jurisprudence comparative est de préparer les étudiants à la compréhension de celle des deux grandes cultures juridiques mondiales à l'école de laquelle nous n'avons point été formés, de ce *common law* anglais qui est la règle de la moitié du monde commercial actuel». Caso único en la universidad francesa, a los diez años de su creación el *Institut de droit comparé* de Lyon había publicado treinta y cinco monografías<sup>(125)</sup>.

---

(123) Nombrado por decreto de 16 de septiembre, 1921, con efectos de 1 de noviembre: cfr. *La rentrée de l'université de Lyon*, en «Le Temps» (Paris), 6 Novembre, p. 3. Para lo que sigue, Édouard LAMBERT, *L'Institut de droit comparé. Son programme. Ses méthodes d'enseignement*, Lyon, A. Rey, 1921.

(124) Cfr. *Droit coutumier contemporain. Du contrat en faveur des tiers, son fonctionnement, ses applications actuelles, cession de dette (délégation, cession de portefeuille, cession de bail), assurance-vie, assurance-accident, contrats d'utilité publique*, Paris, A. Giard & E. Brière, 1893. Pero es imprescindible, en este sentido, volver sobre *Une réforme nécessaire*, cit.

(125) Cfr. *Les publications de l'Institut de droit comparé de Lyon*, en *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert* 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1938, pp. 17-21.

Justo por entonces los discípulos de varia nación se sumaron a los académicos de Balogh y Lévy-Ullmann en apoyo del congreso; a su vez, el viejo Wigmore con su legión de allegados resultó ser « un des principaux artisans du succès de cette réunion »<sup>(126)</sup>. Con trescientos cincuenta congresistas llegados de medio mundo y la adhesión de numerosas corporaciones y universidades, el congreso de La Haya fue la ocasión de una auténtica experiencia internacional, « car tout effort des comparatistes pour organiser leur discipline », recordó Lambert, « et en faire l'héritière du droit romain médiéval en tant qu'instrument de liaison entre les doctrines et jurisprudences nationales, a pour préliminaire nécessaire l'inventaire du concours sur lesquels leur propagande peut s'appuyer et un effort pour coaliser ces concours en une action commune ». Palabras oportunas, donde el propósito de convertir la información del derecho extranjero en *disciplina* dotada de propias estructuras, se unía al objetivo que encerraba la operación: el derecho comparado — el *ius commune* de la sociedad industrial — tenía que hacer posible la unificación legislativa<sup>(127)</sup>.

Como expresión de madurez, los institutos especializados no tardaron en llegar. En noviembre de 1931 se creó el de París<sup>(128)</sup>. Existía desde 1922 el *Institut de droit germanique*, luego de *droit comparé*, en la disputada Estrasburgo, y otros establecimientos franceses de educación superior, así la Universidad de Toulouse, siguieron esta dirección<sup>(129)</sup>. El *corpus* doctrinal existente — el largo y pintoresco *Panorama* de Wigmore (1928) aportó una exposición general — y los organismos nacidos de Versalles justificaron, por último, el voto unánime de los congresistas a favor de la

---

<sup>(126)</sup> LAMBERT, *Souvenirs d'un congressiste*, cit., p. 118, p. 34 y ss. Pormenores sobre los participantes en p. 8; *vid.* p. 90 y ss. sobre los congresistas (medio) orientales Badaoui, Riad y Sanhoury, aprobándose formalmente la incorporación de la familia islámica a los estudios comparativos, p. 101 y ss.

<sup>(127)</sup> *Le rôle d'un Congrès international*, cit., p. 9.

<sup>(128)</sup> Cfr. *Institut de droit comparé*, en BSLC, 60 (1930-1931), pp. 714-715.

<sup>(129)</sup> Robert BEUDANT, *La Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université de Strasbourg pendant l'année scolaire 1922-1923*, en RIE, 78 (1924), pp. 46-54. También, del propio Lambert, *The Teaching of Comparative Jurisprudence and the Institutes of Comparative Law in France*, en « Journal of the Society of Public Teachers of Law », [2] (1925), pp. 1-10 (separata).

enseñanza del derecho comparado, tanto en la universidad nacional, cuanto en la esfera internacional, con una *faculté* dedicada a esta rama de los saberes <sup>(130)</sup>.

5. *Monismo, pluralismo y comparación: paradojas de una disciplina jurídica.*

La ansiada facultad comparatística — existió más de una: a la creada en Luxemburgo (1957) siguió la de Estrasburgo (1961) — se hizo realidad en la segunda postguerra <sup>(131)</sup>. El estudio universitario del derecho comparado conoció desarrollos admirables, con Italia « à la tête » <sup>(132)</sup>. La diáspora de expertos europeos por razones políticas — una tragedia común en los años Treinta — reforzó el cultivo de la ius-comparación en las Américas, y los Rabel, Rheinsteiner, Schlesinger, Ascarelli, Jiménez de Asúa, Sánchez-Román y tantos otros crearon obras, revistas y centros de la especialidad; el mismo Lambert hizo cuanto pudo por algunos exiliados desde su retiro en Lyon. Los congresos de la *Académie* renacieron en 1950 con la cita de Londres; continúan desde entonces en regular cadencia cuatrienal. Otras iniciativas expandieron los contenidos del derecho comparado y nutrieron la comunidad de los comparatistas; actualmente forman una extensa red de interesados que la revolución tecnológica en marcha multiplica de forma exponencial. Pero estas interesantes derivaciones, que conducen a la situación presente, quedan fuera de mi actual intención. Por el contrario, si tiramos del hilo argumental que recorre con discreción los epígrafes anteriores es posible cerrar con unas reflexiones sobre la naciente

---

<sup>(130)</sup> John H. WIGMORE, *A Panorama of the World's Legal Systems* I-III, Washington, Washington Law Book Company, ed. 1936. Sobre la facultad de derecho comparado, cfr. LAMBERT, *Le droit commun de la Société des Nations*, cit., p. 24 y ss.; del mismo, *Souvenirs d'un congressiste*, cit., p. 102 y ss.

<sup>(131)</sup> Cfr. *La première session d'études de la faculté internationale de droit comparé* (Luxemburgo), en « *Revue internationale de droit comparé* » [RIDC], 9 (1957), pp. 741-743. También, *Les sessions de la Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé*, *ibid.*, 15 (1963), p. 735 (Estrasburgo).

<sup>(132)</sup> Édouard LAMBERT, *L'étude du Droit comparé en Italie. L'œuvre de Mario Sarfatti*, en BIDCL, 1 (1938), pp. [321]-324; Rodolfo SACCO, *L'Italie en tête. (À propos de l'enseignement du droit comparé)*, en RIDC, 47 (1995), pp. 131-133.

disciplina según el asunto general del presente volumen. Lo aconseja desde luego el Redactor: « il *Quaderno* mira a indagare una modernità ‘altra’, sondando le ‘eccezioni’ presenti nella piatta superficie del diritto dello Stato-nazione ». Y todavía: « senza indulgere in aprioristiche e semplificanti certezze sul crollo della sovranità monistica, il *Quaderno* intende interrogarsi su continuità e discontinuità tra le forme storiche ‘plurali’ dell’ordine e sulle ricostruzioni giuridiche pluralistiche chiamate oggi ad affrontare i grandi temi della contemporaneità ».

Para responder a esas consignas la parábola descrita por la obra de Lambert puede entenderse ejemplar. Formado en la década fecunda que inauguró el trabajo de Saleilles sobre la *méthode historique* (1890) y cerró Gény con la *Méthode d’interprétation* (1899), la crítica a un Código anticuado — no sólo por el sistema legalista-estatalista de las fuentes — fue el lema que declinaron continuamente los juristas de la nueva generación; la generación de Lambert, doctorado según sabemos en 1893, pero también de sus colegas, estrechos colaboradores en Lyon, Jean Appleton (1892), Emmanuel Lévy (1896), Louis Josserand (1897), Paul Huvelin (1897). Y muchos más <sup>(133)</sup>. En medio del agitado « pullulare di insoddisfazioni e di tentativi » (Grossi) que rodeó a esos maestros, nuestro comparatista destacó con rara coherencia <sup>(134)</sup>. A Saleilles (y al romanista Émile Jobbé-Duval) dedicó *La fonction du droit civil comparé* y aceptó el difícil encargo de ejercer como *rapporteur général* en la sesión metodológica del encuentro parisino, « point central du congrès » <sup>(135)</sup>. Ante Gény presentó, lo sabemos igual-

---

<sup>(133)</sup> Cfr. en general Marie-Claire BELLEAU, *Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX<sup>e</sup> siècle en France*, en « Les Cahiers de droit », 40 (1999), pp. 507-544, limitada a Gény y Saleilles; en estos últimos años cada uno de los nombres arriba indicados ha merecido atención.

<sup>(134)</sup> Paolo GROSSI, *Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)*, en « Quaderni fiorentini », 20 (1991), pp. 1-51, pp. 7-8; del mismo, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l’itinerario scientifico di Saleilles*, en « Rivista di Diritto Civile », 39 (1993), pp. 345-398, p. 370 y ss.

<sup>(135)</sup> Cfr. *La fonction du droit civil comparé*, cit., p. [v]: « A mes cher maîtres MM. Émile Jobbé Duval et Raymond Saleilles. Hommage de respect et de reconnaissance »; cfr. también *ibid.*, p. 562, n. 1. El romanista Jobbé Duval se dedicó con preferencia a la historia del proceso pero también al folklore jurídico, en una visión

mente, una tempestiva (creo que la primera) lectura crítica de la *Méthode*, muestra de un aprecio intelectual que culminó en el homenaje al famoso civilista tributado por el *Institut* de Lyon <sup>(136)</sup>. Y la ius-comparación aportó el recurso que le permitió participar — no siempre con aplauso de sus interlocutores <sup>(137)</sup> — en los debates contemporáneos <sup>(138)</sup>.

« La nature du droit civil comparé ne dépend pas de la nature de la coutume », observó una pluma autorizada a propósito de *La fonction...* de Lambert (1903); « seule, la manière dont il est appliqué varie selon la façon dont on conçoit le droit coutumier » <sup>(139)</sup>. En realidad, la conquista del pluralismo en las fuentes a expensas del *Code Napoléon* había conducido al triunfo de la doctrina, pues sólo los científicos estaban en condiciones de constatar la insuficiencia de la legislación y de guiar objetivamente a los jueces en la interpretación e integración del derecho legal, atendiendo a las necesidades y los sentimientos sociales, allí donde la ley no alcanzaba. La cuestión contemporánea de los estudios de facultad (« la tendance générale... a été manifestement d'élargir la place des enseignements politiques et économiques dans les programmes »), tan encendida entre los dos

llamativamente antidogmática donde se educó Lambert; cfr. Émile Jobbé-Duval, *L'enseignement actuel du droit romain, son utilité, son état actuel*, en RIE, 47 (1904), pp. 193-212.

<sup>(136)</sup> *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, I-III, Paris, Sirey, s/d [pero 1935].

<sup>(137)</sup> « Je viens d'employer mes premiers jours de loisir à lire le dernier livre de Lambert sur le droit comparé, que j'avais dû, faut de temps, réserver jusqu'ici », escribió Géný a Raymond Saleilles a 6 de agosto, 1903. « C'est plein de choses fort intéressantes. Quel dommage que tout cela soit noyé dans un fatras excessivement pénible à débrouiller! D'autre part, je crains fort que l'auteur ne s'enfonce de plus en plus dans ce pédantisme soi-disant scientifique, dont les Lyonnais sont en train de se faire une spécialité ». Cfr. *Lettres de François Géný*, cit., n. 289, pp. 456-457, p. 457.

<sup>(138)</sup> Así lo vieron además sus colegas: cfr. Émile BOUVIER, *La crise de la science politique et le problème de la méthode*, en « Revue critique de législation et de jurisprudence » [RCLJ], 32 (1903), pp. 175-187, pp. 178-179, n. 1; E.H. PERREAU, *La libre interprétation du droit de 1899 à 1919*, en RGD, 43 (1919), pp. 216-227, pp. 218-219.

<sup>(139)</sup> Se trata de Émile Durkheim, en la antes citada reseña de « Année sociologique » (1902-1903), p. 377, que de ese modo denunciaba la combinación temática — noción del derecho comparado y teoría de la costumbre — del libro de Lambert. Le sirvió en lo sucesivo: cfr. *Textes III: Fonctions sociales et institutions*, Paris, Minuit, 1975.

siglos, sin duda respondió a la nueva sensibilidad hacia el entorno vital de las reglas jurídicas <sup>(140)</sup>.

Y la comparación aportaba un registro de normas extranjeras, acaso tan diversas y excelentes que dejaban a las propias — esto es, a la soberanía legislativa del Estado — en un modesto lugar; viene a la memoria aquel profesor de Madrid, feroz adversario de la tardía y desfasada ley civil española (1889), « que no explicaba derecho civil, sino que censuraba y criticaba el Código civil » <sup>(141)</sup>. Analizadas con el método apropiado — la « jurisprudence comparative », tratándose de Lambert — ofrecían al intérprete el material que le permitía comprender el signo de la evolución institucional y formular un parecer autorizado sobre la utilidad y la eficacia de las soluciones en juego, para presentar finalmente un modelo casi perfecto que orientase la reforma del derecho nacional. Visto desde esta posición, tenía razón Saleilles cuando vio en el derecho comparado una disciplina jurídica prospectiva, « une nouvelle science du droit [que] va regarder l'avenir... C'est l'école si bien représentée par M. Lambert, de l'Université de Lyon » <sup>(142)</sup>.

---

<sup>(140)</sup> Los números de la « Revue International de l'Enseignement » poco antes y poco después de 1900 abundaban en sugerencias y observaciones: cfr. Louis LIARD, *La réforme de la licence en droit*, en RIE, 18 (1889), pp. 113-127; [Redacción], *La réforme de la licence et du doctorat en droit*, *ibid.*, 29 (1895), pp. 358-372; Adhémar ESMEIN, *La licence en droit et le droit romain*, *ibid.*, 44 (1902), pp. 289-307; Raymond SALEILLES, *La réforme de la licence en droit*, *ibid.*, 47 (1904), pp. 320-339; Léon MICHOU, Robert BEUDANT, *A propos des projets de réforme de la licence en droit*, *ibid.*, 50 (1905), pp. 5-9, p. 5 para la cita en texto.

<sup>(141)</sup> Refiriéndose al decano Augusto Comas (1834-1900), *vid.* Enrique GARCÍA HERREROS, *El estado actual de la Ciencia del Derecho civil en Europa*, largo estudio preliminar a Eduardo LAMBERT, *La tradición romana sobre la sucesión de formas del testamento ante la historia comparada* [...], Madrid, Revista de Legislación, 1903, p. xxvi, p. xxxii.

<sup>(142)</sup> Cfr. Raymond SALEILLES, *Droit civil et droit comparé*, en RIE, 61 (1911), pp. 5-32. « C'est à ce point de vue », precisó el autor, « que tend a se constituer aujourd'hui une nouvelle science du droit comparé, dont l'objet est de décrire, d'une façon objective, si je puis dire, et par conséquent sans se placer au point de vue de telle ou telle législation plutôt que de telle autre, les droits respectifs, ou plutôt les institutions respectives, des différentes nations de même civilisation, de les grouper en catégories homogènes, et de chercher à déterminer, parmi les différents types aussi décrits, celui qui semble le mieux correspondre à l'état actuel de la civilisation et à qui, sans doute, sera réservée l'hégémonie sur les autres. Le résultat sera de pressentir le type d'institution vers lequel

Si la preferencia doctrinal por el régimen jurídico de una dada institución en un dado ordenamiento — « qui semble le mieux correspondre à l'état actuel de la civilisation » — llegaba a influir en los agentes nacionales (y la línea temporal sería: 1) doctrina — 2) jurisprudencia — 3) legislación), los intercambios y préstamos normativos seguirían, antes o después, las fórmulas del llamado « droit commun législatif »<sup>(143)</sup>. De ahí el interés de Lambert por el experimento americano de las leyes uniformes, una técnica sugerente — dependía de la propuesta (« Model Act ») elaborada por expertos — para superar la soberanía legislativa de los estados federados al objeto de lograr, mediante una cascada de leyes estatales acordes con el modelo, la mayor coincidencia posible en el tratamiento jurídico de un mercado que superaba ampliamente las fronteras locales (títulos de crédito, conocimientos de embarque, venta y transporte de mercancías)<sup>(144)</sup>. Tras las experiencias pasadas del « droit coutumier » de Francia, del *Deutsches Recht* de Alemania, en fin, con el Código suizo felizmente en vigor la legislación uniforme de los Estados Unidos parecía algo más que un caso transatlántico de « droit commun législatif interne ». Pues la organización territorial de esa república era análoga a las sociedades internacionales posteriores a Versalles: la Sociedad de Naciones desde luego, pero también la Unión de Repúblicas soviéticas<sup>(145)</sup> y la deseable disposición futura del extinto Califato como « une Société des Nations orientale »: los estudios del discípulo egipcio

---

s'orientera l'évolution parallèle des différentes législations nationales », *ibid.*, p. 28. Por su parte, la nota bibliográfica de Durkheim sobre Lambert había sabido destacar esta misión del derecho comparado: « précisément parce qu'il est davantage débarrassé du particularisme local, le droit que l'on constitue ainsi par des comparaisons méthodiques ne peut manquer de marquer, sur plus d'un point, la voie dans laquelle le droit existant doit s'engager » (p. 377).

<sup>(143)</sup> De « un droit nouveau qui planerait par-dessus les systèmes particuliers et qui pourrait être considéré comme le patrimoine collectif de la communauté internationale » disertaba el recordado Durkheim, leyendo a Lambert (p. 375).

<sup>(144)</sup> *Les tendances à l'unification du droit aux États-Unis, 1868-1922*, en BSLC, 52 (1922-1923), pp. 135-165. También se dedicó al argumento uno de los tomos del *Institut*: Charles REY, *La Commission Américaine d'Uniformité des Lois d'États*, 1927.

<sup>(145)</sup> Édouard LAMBERT, *La Société des Nations Soviétiques et la Société des Nations de Genève*, en Stefan YANEFF, *La Constitution de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques*, Paris, Marcel Giard, 1926, pp. v-xxi.

articularon la propuesta <sup>(146)</sup>. El sueño de « un droit supranational », signo y garantía, a un tiempo, de la paz que todos ansiaban, podía así perseguirse en un ambiente intelectual favorable. Un derecho supranacional, efecto de la internacionalización de la ciencia jurídica, que abarcase — como la legislación uniforme — « le droit commercial, le droit des obligations, le droit des transactions économiques en général », esto es, un conjunto institucional « plus perméable à l'esprit d'universalisme » <sup>(147)</sup>.

La búsqueda de la unificación jurídica — se encuentra todavía presente entre los objetivos de la disciplina <sup>(148)</sup> — descansaba, falsa paradoja, sobre una teoría de fuentes intensamente *plural*. Paradoja ciertamente falsa, pues esa meta ideal se perseguía más allá de las fronteras del Estado y de su fuerza normativa gracias al « esprit d'internationalisme » que Lambert teorizaba después de la Guerra: la fecunda experiencia de la Sociedad de Naciones hacía posible dotar al derecho comparado « de moyens d'action beaucoup moins rudimentaires et surtout d'une efficacité plus continue » <sup>(149)</sup>.

Los cambios habían sido históricos. En el congreso de París nuestro jurista aún se las había con Géný; sus reflexiones se situaban todavía entre la ley y la costumbre, en su expresión moderna como derecho judicial; la aportación del método comparado — un puro trabajo doctrinal <sup>(150)</sup> — consistía entonces en proponer ciertos

<sup>(146)</sup> Édouard LAMBERT, *Préface*, en A. SANHOURY [= 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhûrî], *Le Califat. Son évolution vers une Société des Nations orientale*, Paris, Paul Geuthner, 1926, pp. v-x.

<sup>(147)</sup> LAMBERT, *Le droit commun de la Société des Nations*, cit., pp. 132-133; también p. 135 y ss. con referencia a la legislación uniforme en los Estados Unidos.

<sup>(148)</sup> Giovanni PASCUZZI, *Comparative Law Courses in Italian Universities — L'insegnamento del diritto comparato nelle università italiane*, Trento, Dpt. of Legal Sciences (Trento Law and Technology Research Group, research paper, 1), 2010; de forma significativa, la descripción oficial del área 12, JUS/02 (« Diritto privato comparato ») incluye entre sus cometido « le ricerche riguardanti l'unificazione del diritto ed il suo impatto sugli ordinamenti interni ». Y así, un manual de la asignatura comienza con un capítulo sobre « Comparazione giuridica e unificazione del diritto »: cfr. Guido ALPA y otros, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

<sup>(149)</sup> *Le droit commun de la Société des Nations*, cit., p. 135.

<sup>(150)</sup> « Auxiliaire indispensable de la loi et de la pratique judiciaire, qui tantôt les guide par ses suggestions, et tantôt procède, par la voie de l'interprétation, au finissage de leur produits ». *Ibid.*, p. 134.

modelos regulatorios que guiasen a la jurisprudencia e inspirasen la labor del legislador. Acercándose el congreso de La Haya, las tesis de los discípulos descubrieron otras manifestaciones de lo jurídico — la aplicación administrativa del *standard*, las reglas corporativas del comercio internacional — que el maestro, sin duda para destacar la novedad, abandonando la tradicional metáfora de *fuentes* calificaba ahora de *matrices del derecho positivo*: « des combinaisons nouvelles des forces régulatrices du travail, de l'industrie et du commerce qui, par leur débordement hors des vieux cadres nationaux, créent la matière économique première d'un droit international des affaires »<sup>(151)</sup>. La política legislativa del Estado coexistía ahora con una pluralidad de agentes creadores de normas, auténticos « politiciens du droit »<sup>(152)</sup>. Ley, jurisprudencia, *standard* y derecho de formación corporativa — las cuatro matrices de Lambert — se combinaban en un *sistema* dispuesto en torno a dos principales ejes: si las fuentes clásicas se situaban en las coordenadas de la *seguridad*, las prácticas administrativas y las normas corporativas aportaban *flexibilidad* al ordenamiento.

Y la flexibilidad resultó un valor de elevada utilidad. El comparatista podía sostener que la apreciación teórica del *standard* podía convertirse en una estrategia utilísima en manos del legislador; lo había demostrado el codificador soviético con una ley civil inusitada por su *systema iuris* — dejaba para otro lugar el derecho de familia — y por el enunciado de los preceptos: los mandatos imperativos se convertían en patrones medios de comportamiento y conceptos indeterminados; el momento de la aplicación ganaba relevancia, pues el supuesto fáctico de la norma tenía que integrarse

---

(151) *Ibid.*, pero la presentación más elaborada de la teoría de matrices está en *L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale*, cit. Lambert se basaba en los libros de Al-Sanhoury, de expresivo subtítulo (*Contribution à l'étude comparative de la règle du droit et du standard juridique*, 1925) y del discípulo japonés Masaichiro ISHIZAKI, *Le droit corporatif de la vente de soies. Les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places* I-III, Paris, Marcel Giard, 1928. Ambos estudios alcanzaron notable repercusión.

(152) René DEMOGUE, *L'Unification internationale du droit privé*, en « *Revue de droit international* », 1 (1927), pp. 699-745, p. 708 y ss. sobre Lambert.

con las circunstancias irrepetibles del caso concreto <sup>(153)</sup>. De esta escuela y con esa técnica surgió, en el giro de unos años, el Código civil de Egipto (1949): un célebre texto legal, lleno de fórmulas abiertas, que dialogaba de modo incesante con el juzgador <sup>(154)</sup>.

De la discusión sobre las fuentes a una nueva especie de ley codificada. Aunque no un derecho completamente uniforme, la comparación jurídica presentaba por fin resultados positivos <sup>(155)</sup>.

---

<sup>(153)</sup> Cfr. Édouard LAMBERT, *Introduction. La place des codes russes dans la jurisprudence comparative*, en *Les codes de la Russie soviétique* 1, Paris, Marcel Giard, 1925, p. 11 y ss. de « règles mécaniques et directives générales ».

<sup>(154)</sup> Carlos PETT, *Harvard en Lyon. Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert*, en *Excerptiones Iuris: Studies in Honor of André Gouron*, Berkeley (Ca.), Robbins Collection, 2000, pp. 503-554.

<sup>(155)</sup> Por suerte del lector, Alfons Aragoneses y Sebastián Martín han corregido y mejorado — en lo posible — este trabajo.

ADRIAAN BEDNER

LEGAL PLURALISM IN PURSUIT OF SOCIAL JUSTICE:  
CORNELIS VAN VOLLENHOVEN AND THE  
CONTINUED RELEVANCE OF HIS LEGACY  
IN CONTEMPORARY INDONESIA

1. Introduction. — 2. Van Vollenhoven as a defender of legal pluralism. — 3. Legal pluralism in Van Vollenhoven's time: Ehrlich. — 4. Van Vollenhoven and Malinowski. — 5. Legal pluralism in independent Indonesia. — 6. Land law. — 7. Family Law. — 8. Aceh. — 9. Conclusion

1. *Introduction.*

In a recent newspaper article professor Maria Soemardjono criticised a new government regulation on collective rights of ownership to land <sup>(1)</sup>. Such collective rights have a long pedigree in Indonesia and they have been central to the land tenure of communities throughout the archipelago. The most important collective right is the right to avail (*bak ulayat*), which under Indonesian state law can only be held by a 'customary law community' (*masyarakat hukum adat*). The new government regulation (18/2021) tries to 'modernise' this right to avail, by turning it into a management right (*bak pengelolaan*).

According to professor Soemardjono this is a bad idea. The new regulation makes the right to avail dependent on the state and thus turns it into a right provided on state land instead of an original right. In this manner it changes the nature of ownership. The consequence is that if a community holding the management right provides a concession to a company, for instance for a plantation, once the conces-

---

<sup>(1)</sup> Maria SOEMARDJONO, *Tata Kelola Pertanian Pasca-UUCK [Managing Land Post-the Work Creation Law]*, in « Kompas », 16-3-2021.

sion expires the land will go to the state and not be returned to the community. This clearly is a matter of great importance to the community and has been the subject of debate since colonial times.

Despite the distance in time, this newspaper article — its topic, its argument and its style — relate directly to the work of Cornelis van Vollenhoven. Van Vollenhoven was professor of Constitutional and Administrative Law of the Dutch Overseas Territories and of the Adat Law of the Dutch East Indies from 1901 until his early death in 1933. During his lifetime Indonesia was ruled by a Dutch government that showed no inclination to release its profitable colony in the foreseeable future. But even though Indonesia did become independent and has changed tremendously since, Van Vollenhoven's scholarly legacy has continued to influence Indonesian law and legal thinking until the present. There is no Indonesian jurist who does not know his name. Some still revere him as one of the few colonial figures who promoted justice for Indonesians and opposed colonial exploitation. Others have accused him of paving the way for 'integralism' — Indonesia's brand of fascism — or of having been a mere anti-Muslim colonialist.

This article will try to shed some light on Van Vollenhoven's ideas and his legacy. It will show how debates about land law and legal pluralism in present-day Indonesia have been shaped by Van Vollenhoven's scholarship and his influence on colonial legal policies. Evidence of their relevance is that 75 years of promoting legal unification have not removed legal pluralism. The main reason is that the conflicts caused by colonialism have never been resolved: the rise of capitalism and its demand for secure property rights has continued to undermine the land tenure and livelihoods of 'small people'; and the rise of a modern state that wants to unify the nation but still faces a population with conflicting ideas about what is proper or desirable.

The present article will also discuss how Van Vollenhoven came to be one of the founders of the study of legal pluralism — the idea that several legal systems operate within a single space — comparing his views and method with two of his contemporaries: Eugen Ehrlich and Bronislaw Malinowski. I will argue that the approaches of these three scholars were more closely related than commonly acknowledged. In the case of Van Vollenhoven and

Ehrlich the similarities rely on their comparable positions within the legal scholarly field and the common heritage they built upon, while Malinowski found himself as an ethnographer in a society which much resembled the societies Van Vollenhoven looked at in the Netherlands Indies.

The final sections of the article will address the significance of Van Vollenhoven's work in present-day Indonesia. In the conclusion I will argue that the drive to acknowledge legal pluralism should not merely be understood as an analytical scholarly approach, but that it is always part of a quest for justice and respect for others. Van Vollenhoven, Ehrlich and Malinowski were all three concerned with ways to accommodate the tensions between modernisation and justice and therefore their ideas are still relevant.

## 2. *Van Vollenhoven as a defender of legal pluralism.*

When Van Vollenhoven became professor in Leiden in 1901, the population in the Netherlands Indies was officially divided into two groups: the native population and the Europeans <sup>(2)</sup>. To these groups different laws applied: religious law, institutions and custom to the first, and adapted versions of the Dutch legal codes to the latter (Art. 75 jo. 109 *Regerings Reglement*). For criminal matters natives were tried in separate courts, to which they could also bring their civil disputes. Procedural codes were different as well, with the rules of criminal procedure for the native population containing far fewer guarantees to a fair trial. Appeals from the native court system went up to the court of first instance for Europeans. Those not belonging to one of these two groups, mainly Chinese, Arabs and Indians, fell under the laws for the native population (Art. 109 *Regerings Reglement*), but for civil and commercial law the Chinese were subject to the laws valid for Europeans <sup>(3)</sup>. Finally, the native

---

<sup>(2)</sup> I use the term native population to remain close to the original text in Dutch, which speaks of *inbeemse bevolking*. Later during the colonial period this term was increasingly replaced by « Indonesians ». I will follow the terms used during the period I am addressing.

<sup>(3)</sup> Cees FASSEUR, *Colonial Dilemma: Van Vollenhoven and the Struggle between Adat Law and Western Law in Indonesia*, in *European Expansion and Law: The*

population were subject to their own 'heads', who were incorporated into the Netherlands-Indian administrative service.

While this may create the impression of a strict divide, in practice the situation was not so clear-cut. During the 19<sup>th</sup> century the number of laws that applied to the entire population continued to grow. In the field of criminal law custom only held a subsidiary position to the criminal code for the native population — which was almost a copy of the one applying to Europeans. Similarly, many administrative regulations were of general application, while the validity of religious law and custom was subject to a repugnancy clause. Finally, Indonesians could request to be brought under European laws, a possibility that was increasingly made use of as time progressed <sup>(4)</sup>. In short, the plural system was not set in stone and constituted a complex legal edifice. The question begs itself why the Dutch colonial state supported such legal complexity and why it did not simply impose Dutch laws on the entire population <sup>(5)</sup>.

The original reason was expediency. The dual system of law was closely connected with the indirect rule the Dutch practiced from the days the United East Indian Company (V.O.C.) started to govern parts of the Indonesian archipelago. It was much easier to leave the local law in place than to subject the entire population to Dutch legal codes which in no way resembled the rules applied by this local population in their daily lives. The Dutch relied on violence and coercion whenever they needed to, but preferred native government and local legal structures whenever possible <sup>(6)</sup>.

However, during the 19<sup>th</sup> century mere self-interest gradually

---

*Encounter of European and Indigenous Law in 19<sup>th</sup>- and 20<sup>th</sup>-Century Africa and Asia*, Wolfgang Mommsen and Jaap de Moor eds., Oxford/New York, Berg, 1992, pp. 237-238.

<sup>(4)</sup> Bart LUTTIKHUIS, *Beyond race: constructions of 'Europeanness' in late-colonial legal practice in the Dutch East Indies*, in «European Review of History — Revue européenne d'histoire», 20 (2013), 4, pp. 539-558.

<sup>(5)</sup> FASSEUR, *Colonial Dilemma*, cit., pp. 237-238; Michael Barry HOOKER, *Legal pluralism: An introduction to colonial and neo-colonial laws*, Oxford University Press, 1975, pp. 251-257.

<sup>(6)</sup> A good example of such reticence was the government's refusal to interfere on behalf of Dutch sugar planters on Java, who requested legislative measures to simplify and regularise the land leases they had obtained from the Javanese aristocracy (C.C.H.

gave way to the idea that the Dutch presence in the colony ought to be justified in another manner and that the government should be concerned less with profit and more with the welfare of its Indonesian subjects. This did not mean that the colonial project turned into a benign venture; as until at least 1914 the Dutch were engaged in a war in Aceh which resulted in an estimated 50, 000 to 60, 000 Acehnese killed (7) and they fought another bloody war at the time in Bali. Nonetheless, the official narrative of colonial rule changed. At the turn of the century, when Van Vollenhoven was appointed at Leiden University, the Dutch government announced a new, 'ethical' policy: the Netherlands should develop its colony by promoting the moral and material welfare of its population (8).

The new policy carried implications for the legal system. Most 'ethical' liberals at the time were convinced that development required unification of laws and institutions in all fields of law. This applied in particular to private and commercial law, which should provide the legal certainty considered necessary for enabling Indonesians to take part in the modern economy. Former lawyer in the Netherlands-Indies and now MP Van Deventer, whose article 'A Debt of Honour' of 1899 had been the turning point leading to the ethical policy, listed the main arguments in another article with the title *Rechtshervorming in Indië* (Legal Reform in India). He wrote in support of the government proposal submitted to Parliament in 1904 to change the *Regerings Reglement* and thus pave the way for legal unification. His central point is captured in the following quote:

From the foregoing it will have become clear that Netherlands India provides a map not only of peoples, but also of societal institutions. It goes without saying that what is essential in these institutions should be respected. But it is equally clear that the interest of the entire community is served by simplification, by a gradual removal of the boundaries existing between the groups of inhabitants of a single country; by pursuing a solution, where

---

VAN HASPEL, *Overzicht in overleg: Hervormingen van justitie, grondgebruik en bestuur in de Vorstenlanden op Java 1880-1930*, Leiden, KITLV, 1985, p. 21).

(7) Adrian VICKERS, *A History of Modern Indonesia*, New York, Cambridge University Press, 2005, pp. 10-13.

(8) John Sydenham FURNIVALL, *Netherlands India: A Study of Plural Economy*, Cambridge University Press, 1944, p. 232.

possible, of the diversity in a higher unity and, in any case, by removing anything that can cause doubt, that can cause uncertainty <sup>(9)</sup>.

The author continued to indicate that the present system *was* uncertain, both in its content, its boundaries and its divisions. The key concern, according to Van Deventer, was the content of the unwritten law of the native part of the population. Finding customary law was an ‘exceedingly difficult job’ for judges, but its codification would lead to petrifying the differences <sup>(10)</sup>. For these reasons the author applauded the solution proposed by the government. The new draft Article 75 took as its point of departure regulations that were universally applicable to the entire population. It left open the possibility to regulate particular topics in different ways for different groups, but reduced religious law, institutions and custom in civil law matters to a residual role. This new arrangement, Van Deventer thought, would lead to « an increase in prosperity, an acceleration in the intellectual development process, in a single word, to Progress » <sup>(11)</sup>.

However, not all of those supporting the ethical policy were of the same opinion. Only a few years before, in 1901, the previous Minister of Colonies Cremer had ordered in-depth research into religious law and custom so as to prepare for codification <sup>(12)</sup>. Cremer no longer held office, but his former private secretary and now professor Van Vollenhoven, took up the cause of his former employer to resist the unification.

Van Vollenhoven presented his argument in an article called « No jurist’s law for the native » <sup>(13)</sup>. He started by conceding that law in the Netherlands Indies was extremely diverse indeed and hard to handle for those charged with the administration of justice.

---

<sup>(9)</sup> Conrad Theodor VAN DEVENTER, *Rechtshervorming in Indië*, in « De Gids », 69 (1905), p. 314.

<sup>(10)</sup> *Ibid.*, pp. 323, 326-327.

<sup>(11)</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>(12)</sup> *Ibid.*, pp. 325-326.

<sup>(13)</sup> He had already published another newspaper article expressing his dissent with the amendments, but not as fundamental as this one (see Cornelis VAN VOLLENHOVEN, *Inlandsch recht en inlandsche christenen* (1904), in ID., *Het adatrecht van Nederlandsch-Indië*, deel III, Leiden, Brill, 1933, pp. 14-21).

Nonetheless, unification was a bad idea, simply because a diverse society needs a diverse legal system. In his own words:

The obstacle against this, which lies in the multi-coloured (*kakelbont*) character of the population itself, this obstacle does not let itself be pushed aside, and therefore neither can it be predicted *what* unity of law the developmental lines of the existing pluriformity in the long, long run will converge on <sup>(14)</sup>.

This quote indicates that Van Vollenhoven did not oppose legal development *per se*, but rather that he resisted imposition of a law which would not correspond to local needs and ideas of justice. He continued with an argument that is fundamental to his defence of legal pluralism:

in the eye of the government European jurists' law is apparently the only that deserves the name 'law'. The adat law of the population may be usable for the good-natured, 'patriarchal' administration of justice by a government official, it is absolutely insufficient for the administration of justice 'founded on juridical principles' of the 'judge educated in the European school' <sup>(15)</sup>.

According to Van Vollenhoven, the arguments the government listed against the inferiority of adat law lacked any evidence. To these principled points he added a thorough analysis of the legal complications and anomalies the amendments would cause, demonstrating juridical brilliance and rhetorical skill. He also effectively used his knowledge of adat law to denounce the absurdity of applying a unified European law-based code, asking what this would mean for the « preferential right to buy adjoining fields », the « native conception of houses as movable goods », the « absence of adverse possession », etc <sup>(16)</sup>. These and many other examples, which he seemed to produce just off the bat, added much to the persuasive force of his argument. It was clear that this was someone who knew what he was talking about.

Van Vollenhoven concluded by promoting the approach taken by former Minister Cremer: conduct thorough research into adat

---

<sup>(14)</sup> Cornelis VAN VOLLENHOVEN, *Geen juristenrecht voor den inlander* (1905), in *Het adatrecht van Nederlandsch-Indië*, cit., p. 24.

<sup>(15)</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>(16)</sup> *Ibid.*, p. 38.

law before starting to compile codifications for the approximately 20 legal circles (*rechtskringen*)<sup>(17)</sup>. Although he failed to convince the incumbent Minister of Colonies, Parliament proved susceptible to his plea and amended the proposal. In the end the law was gazetted but it was never put into operation<sup>(18)</sup>.

This was neither the first nor the last time Van Vollenhoven would be out on the barricades to fight legislative attempts at legal unification, but he did more than that. As from 1901 onwards he started collecting, documenting and analysing materials on adat law which he received from colleagues and officials in the colonial service, most of whom were educated at Leiden. He thus put into practice what he had argued the Dutch colonial government ought to do. This led to the publication in 1918 of *Het Adatrecht van Nederlands-Indië*, in the words of Sonius « a vast effort which went hand in hand with his political struggle for the recognition of this law »<sup>(19)</sup>.

The highlight of this struggle was the resistance Van Vollenhoven mounted in the spring of 1919 against an amendment to another provision of the *Regerings Reglement*, Article 62. This time it did not concern application of European law to Indonesians, but the ownership of land. Indirectly, Van Vollenhoven's action concerned the livelihoods of tens of thousands of Indonesian peasants, and the debate is still relevant in Indonesia today.

What was the issue about? In 1870 the Dutch Parliament had adopted the so-called Agrarian Law, which opened up Indonesia to European capital by enabling the colonial state to provide long leases for plantations, mines, and other economic activities. Part of the legal reform was the so-called Domain Declaration which accompanied the new law and held that all land in the Netherlands-Indies « on which no one could prove right of ownership » was state domain and could in principle be leased. The question was of course what 'right of ownership' meant and how much domain the state

---

<sup>(17)</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>(18)</sup> H.W.J. SONIUS, *Introduction*, in J.F. HOLLEMAN, *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1981, p. XXXIV.

<sup>(19)</sup> *Ibid.*, p. XXXII.

could dispose of. This remained subject to debate until the end of colonial rule.

The proposed amendment to Article 62 would include the Domain Declaration into the *Regerings Reglement* and it would remove much of the protection of land held by Indonesians under communal rights. In particular, it suggested to get rid of the provision in particle (6) that

The Governor-General will not avail over land brought into culture by the native population, or as communal pasture or on any other basis belonging to the villages, other than for the public interest [...] and for the benefit of agricultures introduced by high authority (*op hoog gezag ingevoerde kultures*), according to the applicable regulations, against a proper compensation.

While Van Vollenhoven held that this provision still offered too much leeway for the government in appropriating land, its abolition would mean unfettered power of the government to provide land to capitalist entrepreneurs. He laid out his objections to the amendment in a 120-page long book he managed to write, print and distribute to all MPs within a time span of three weeks<sup>(20)</sup>. The book carried the title *De Indonesiër en zijn grond* (The Indonesian and his land) and probably still is his best-know work. Its main argument was simple: the proposed changes would lead to widespread dispossession of land and spelled disaster for the Indonesian population. Hence, they should be rejected. The author did not accuse the government of having bad intentions; these he argued were « selfless » and could « see the light of day ». However, they were based on « delusionary-knowing » (« waanweten ») and bad faith on the part of the officials in the Netherlands Indies who would be in charge of their implementation<sup>(21)</sup>.

This reference to ‘delusionary-knowing’ was key to Van Vollenhoven’s argument. While the book provided dozens of examples of injustices committed against the Indonesian population, it derived its argumentative power from the author’s profound knowledge regarding the content of their land rights. This he combined with com-

---

<sup>(20)</sup> Peter BURNS, *The Leiden Legacy: Concepts of Law in Indonesia*, Leiden, KITLV Press, 2004, p. 22.

<sup>(21)</sup> Cornelis VAN VOLLENHOVEN, *De Indonesiër en zijn grond*, 1919, p. 2.

plete mastery of the Dutch legislation concerning their recognition, including its history. Such knowledge, combined with a brilliant polemic style, made Van Vollenhoven's plea hard to resist. And indeed, in the end the government decided to withdraw its proposal <sup>(22)</sup>.

From these episodes we can infer two major reasons for Van Vollenhoven's relentless struggle against legal unification. First, such unification was unfair and disrespectful — this reason was most visible in the 1905 debate about introducing a unified civil code. Indonesians had a different species of law, but their law was no less worthy of respect than the law codes in the Netherlands (of which Van Vollenhoven wrote in a rather dismissive way). Importantly, adat law was closely connected to common people's daily lives and it was responsive to social change. It corresponded to local ideas of justice in a way that an abstract and alien code could never achieve. The majority of this law did not change by « deliberate decisions », but through « spontaneous and unconscious transformation ». It was an uncodified law, which could be documented by ethnologists, but for the time being should remain uncodified <sup>(23)</sup>.

Secondly, Van Vollenhoven understood that recognition of adat law was central to protecting Indonesians against dispossession — this is most evident in the debate about the Domain Declaration. The only way to save Indonesians from losing their land was to gain recognition for their own forms of tenure. Key was the right to avail, which through the provision mentioned above limited the power of the Governor-General to provide leases. The right to avail was of both a public and private law nature, an insight he supported by extensive empirical evidence. He also demonstrated how Dutch legislation and its interpretation by the Netherlands Indies authorities had led to widespread legal uncertainty — disproving the claim that European law would make land tenure more secure.

How successful was Van Vollenhoven? We have seen that at the level of legislative policy he wielded much influence: Dutch colonial legal policy would no doubt have looked different had he not been around. Legal pluralism remained the basis of the substantive civil law and of the administration of justice, even as unification

---

<sup>(22)</sup> BURNS, *The Leiden Legacy*, cit., p. 41.

<sup>(23)</sup> VAN VOLLENHOVEN, *De Indonesiër*, cit., pp. 3-4.

of courts proceeded and transactions in the modern economy involving Indonesians increased in number and became subject to European codes. However, with the expansion of this modern, capitalist economy the pressure on Indonesian land increased as well and the arbitrary dispossession of land continued despite legislative success, due to the «bad faith» interpretations of the colonial government. Nonetheless, it is likely that the protection championed by Van Vollenhoven contributed to preventing dispossession — how much is hard to tell <sup>(24)</sup>. The fact that colonial capitalists fought against such provisions until the end of the colony bears testimony to their importance. These entrepreneurs even established a competing faculty to educate colonial officials who were more sympathetic to the interests of Dutch corporations than the colonial officials educated in Leiden <sup>(25)</sup>.

### 3. *Legal pluralism in Van Vollenhoven's time: Ehrlich.*

To what extent was Van Vollenhoven's argument in favour of legal pluralism unique in his days? In order to answer this question I will now look at the intellectual tradition Van Vollenhoven built on and compare him with two contemporaries who are generally considered as founders of legal sociology and legal anthropology respectively: Eugen Ehrlich and Bronislaw Malinowski. They both developed theories of non-state law and legal pluralism during the lifetime of Van Vollenhoven. This comparison will show that Van Vollenhoven's ideas about law and how to conduct research on law were very similar to the ones promoted by these two scholars, and that Van Vollenhoven was part of an intellectual movement not limited to the colonial world. Moreover, as the comparison with Ehrlich will show, Van Vollenhoven should be considered as responding to the *Historische Schule* of Von Savigny and Puchta instead of representing it <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> SONIUS, *Introduction*, cit., p. XXXIX.

<sup>(25)</sup> BURNS, *The Leiden Legacy*, cit., pp. 77-90.

<sup>(26)</sup> This argument has been made by many scholars, in its most elaborate version by Peter Burns (*ibid.*, pp. 227-237). See also David BOURCHIER, *Illiberal democracy in Indonesia: The ideology of the family state*, Routledge, 2014, pp. 11-36.

Of these two contemporaries Eugen Ehrlich resembles Van Vollenhoven the most. Just as Van Vollenhoven he had a background in law. Trained at the University of Vienna and a citizen from the Austrian-Hungarian Empire, Ehrlich stood in the German-oriented legal tradition of the *Historische Schule* which was also influential in the Netherlands (27). Van Vollenhoven seldom mentioned the *Historische Schule*, but at one of the first pages of *Het adatrecht van Nederlandsch-Indië* he refers to one of its major critics — Georg Beseler — and the distinction Beseler made between *Volksrecht* and *Juristenrecht* (28). Ehrlich's seminal work *Grundlegung zur Soziologie des Rechts* is for a major part constructed as a critique on the *Historische Schule*.

Ehrlich also referred to Beseler, as the single legal scholar in Germany in the 19<sup>th</sup> century who had attempted to « breathe life » into the *Historische Schule* by promoting the study of *ausserstaatliches Recht* in practice (29). Beseler reproached Von Savigny and Puchta and their followers that they only studied texts about non-state law; where instead one should study such law in action. Unfortunately, according to Ehrlich, Beseler had « seen much right, but thought little through to the end » and therefore failed to change the tide (30). In *Grundlegung* Ehrlich set out to further develop Beseler's ideas and to create a methodology for studying what he called *lebendes Recht*. The central object of his studies was the *geordnete Gemeinschaft* (ordered community): studying this ordered community, according to Ehrlich, « we will also perceive the law everywhere, as the organiser and carrier of any human association » (31). In Ehrlich's view this was exactly what scholarly study of law should be concerned with: studying society and the role of law

---

(27) See for instance J.F.S. SCHOORDIJK, *De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context*, Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, 66, 2, Amsterdam, KNAW, 2003, pp. 1-14.

(28) VAN VOLLENHOVEN, *De Indonesiër*, cit., p. 4.

(29) Bernd-Rüdiger KERN, *Georg Beseler — Leben und Werk*, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 26, Berlin, Duncker und Humblot, 1982, p. 381.

(30) Eugen EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), Berlin, Duncker und Humblot, 1967, pp. 12-13.

(31) *Ibid.*, p. 18.

therein, instead of looking at the formal, written legal rules (*Rechtsätze*) as incorporated in codes and judgments.

Ehrlich did not write much about colonies and colonial law, but here and there he makes a remark on non-Western societies:

In backward (*zurückgebliebenen*) areas, in the Orient, partly also in the East and South of Europe, each traveller from the West will remark the general 'disorder' (*Unordnung*); this disorder consists therein, that formal legal rules (*Rechtssätze*), even when they are present, will not be followed. To this disorder in general life stands in peculiar contrast the strictness with which the traditional order in small associations, in the house, the family or the clan is observed <sup>(32)</sup>.

It was this « traditional » order Van Vollenhoven wanted to get recognition for, instead of enacting alien legal rules that would not be followed.

There are strong similarities between Ehrlich and Van Vollenhoven. In the first place, both emphasised the scholarly nature of their approach to studying law. Ehrlich held that

the actual legal science is a part of the theoretical social science, the sociology. The sociology of the law is the scientific theory (*Lehre*) of law <sup>(33)</sup>.

Van Vollenhoven first outlined his views on the study of law in his inaugural lecture, where he argued that it should be conducted in a similar way as the study of languages and that the task of jurists was to devise a taxonomy of law. This should be done through « investigating the state, trajectory, and regularity of law ». Indeed, this is how he ordered and analysed the materials he obtained about adat law, leading to results that were very similar to what Ehrlich intended the sociology of law to produce.

A second similarity is the distinction both scholars made between state and non-state law. Van Vollenhoven used the term adat law (*adatrecht*) for this purpose, a concept he adopted from the Islam-scholar Snouck Hurgronje, and which encompassed more than customary law. Adat resembles custom, but can also be referred to more broadly as 'the way in which one ought to do things'. As adat alone is too broad, Snouck Hurgronje coined the term

---

<sup>(32)</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>(33)</sup> *Ibid.*, p. 19.

*adatrecht*. It refers to those rules governing society which have a legal consequence. The distinction is not a sharp one, but it is sufficiently determined to be of use in scholarly study<sup>(34)</sup>. Ehrlich introduced the famous term « living law » (*das lebende Recht*), « the law not laid down in formal legal rules, but which nonetheless governs life »<sup>(35)</sup>. Just as Van Vollenhoven he emphasised that this was not customary law (*Gewohnheitsrecht*), which in the traditional German jurisprudence had a far more limited meaning.

We should note a difference as well, for Ehrlich seemed mostly interested in studying ‘modern’ legal phenomena: « More important for the jurist than such dying remains are the viable shoots of new law ». This sentence follows a description of legal forms and practices found in various parts of the Austrian-Hungarian empire, such as the family-community called *Sadruga* (common all over the Balkan), a special trading community of the Bojken (East-Galicia) and the farmers’ communities of the Ruthenians (East-Galicia and Bukovina)<sup>(36)</sup>. Such local traditional legal phenomena in the Netherlands-Indies were precisely what Van Vollenhoven was interested in. However, unlike the aforementioned legal forms in Ehrlich’s Austria-Hungary such ‘traditional’ phenomena were at that time dominant in most of Indonesian society, and Van Vollenhoven moreover did not limit himself to describing them:

Our goal in this is not the adat scholarship in itself, even less to impede Indonesia’s development for the benefit of pampered adat curiosities; our higher goal is the creation of good administration of justice and good government for our natives, the two of which cannot be achieved without solid knowledge of indigenous law and indigenous conceptions<sup>(37)</sup>.

This takes us to the third point of similarity, which was practical orientation. Van Vollenhoven’s concern with the practical application of his knowledge is evident from the quote above and the previous discussion. Ehrlich is less explicit than Van Vollenhoven. When he discusses the research into the living law, he seems

---

<sup>(34)</sup> VAN VOLLENHOVEN, *De Indonesiër*, cit., pp. 8-9.

<sup>(35)</sup> EHRLICH, *Grundlegung*, cit., p. 399.

<sup>(36)</sup> *Ibid.*, pp. 403-404.

<sup>(37)</sup> CORNELIS VAN VOLLENHOVEN, *Miskenningen van het Adatrecht*, Leiden, Brill, 1909, p. 90.

mainly concerned with understanding, less so with practical application<sup>(38)</sup>. However, if we consider the argument he develops throughout *Grundlegung der Soziologie des Rechts* it is evident that he wishes this knowledge to be relevant to legislators and judges. His trenchant critique of many formal legal rules reminds of Van Vollenhoven's criticism of the Dutch legislator<sup>(39)</sup>. This is also why he pays so much attention to the distinction between 'norms of decision' (*Entscheidungsnormen*) and the living law, and why he argues that the judge must orient himself on the latter when determining the former.

The final point of similarity I want to note is method. Both Ehrlich and Van Vollenhoven promoted field-research, next to the study of written sources. Ehrlich is less detailed than Van Vollenhoven in how exactly to conduct such research, referring to geography and to the importance of studying the concrete in the form of legal practices in trade, family life, etc<sup>(40)</sup>. Van Vollenhoven in 1910 developed a so-called 'Adat Guide' for field-work, which contained practical guidelines that will look quite familiar to legal anthropologists today, for instance the first one:

The best way to find an adat rule is not to ask people about the rule itself, but to observe how they handle certain cases in actual practice. Therefore, only ask information on facts and solutions, and above all, do not ask about this or that system.

In summary, their work is different in size, scope and orientation, but the object, the theoretical premises, the objective, and the methodology of Van Vollenhoven and Ehrlich's scholarly approaches are quite similar. The most important difference seems to result from the fact that Van Vollenhoven developed his work and ideas in a colonial context, whereas Ehrlich set out to develop a sociology of 'modern' law. This impacted on the forms of legal pluralism they promoted. In the Netherlands-Indies legal pluralism was part of the state system and Van Vollenhoven's objective was to preserve it. Ehrlich lived in a state which had introduced its major

---

<sup>(38)</sup> See in particular EHRlich, *Grundlegung*, cit., p. 408.

<sup>(39)</sup> See for instance *ibid.*, p. 396.

<sup>(40)</sup> *Ibid.*, pp. 405-409.

codifications in the early 19<sup>th</sup> century. His concern was to make sure that jurists remained aware of the existence of law outside the state, which they should take into account when interpreting the formal law. In that sense — and as we will see in the final sections of this article — Ehrlich is in some respects more relevant to the development of Indonesian law today than Van Vollenhoven.

#### 4. *Van Vollenhoven and Malinowski.*

The next contemporary of Van Vollenhoven and another founder of legal pluralism whose approach I will briefly address is Bronislaw Malinowski. Malinowski was not a law professor but an anthropologist and he did not write for jurists but for social scientists. In his classic monograph *Crime and Custom in Savage Society* he refers to the German group of jurists related to the *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* as a rare example of scholars interested in « savage justice », but he adds that their work was « heavily handicapped » because « [t]he writers had to rely upon the data of the early amateur ethnographers » and « in an abstract and complex subject such as primitive law, amateur observations are on the whole useless » <sup>(41)</sup>.

Malinowski is generally considered as one of the founders of modern anthropology. His fame relies in large part upon his contributions based on in-depth and long term fieldwork among the Trobrianders in Melanesia between 1914 and 1918. Much anthropology at that time was still of the armchair-type and academically the discipline was not taken very seriously. In Malinowski's own words, in the introduction to *Crime and Custom in Savage Society*:

Anthropology is still to most laymen and to many specialists mainly an object of antiquarian interest. Savagery is still synonymous with absurd, cruel, and eccentric customs, with quaint superstitions and revolting practices. Sexual license, infanticide, head-hunting, couvade, cannibalism and what not, have

---

<sup>(41)</sup> Bronislaw MALINOWSKI, *Crime and Custom in Savage Society* (1926), London, Routledge & Kegan Paul, 1951, p. 3. Some of the scholars mentioned by Malinowski were associated with Eugen Ehrlich in the *Freirechtsschule*, notably Joseph Kohler. See Albert S. FOULKES, *On the German Free Law School (Freirechtsschule)*, in « ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy », 55 (1969), 3, pp. 367-417.

made anthropology attractive reading to many, a subject of curiosity rather than of serious scholarship to others <sup>(42)</sup>.

In *Crime and Custom* Malinowski set out to change this view, by demonstrating the falseness of conceptions about « primitive societies » as lawless. He demonstrated that in ‘primitive’ or ‘savage’ society individuals were not completely dominated by the community or mechanically obeying its commands, but that complex mechanisms were involved in maintaining social order and coherence. These mechanisms operated in the absence of specialised institutions to settle disputes or enforce rules, just like Ehrlich’s living law. As Malinowski notes:

The fact is that no society can work in an efficient manner unless laws are obeyed ‘willingly’ and ‘spontaneously’. The threat of coercion and the fear of punishment do not touch the average man, whether ‘savage’ or ‘civilized’, while, on the other hand, they are indispensable with regard to certain turbulent or criminal elements in either society <sup>(43)</sup>.

Malinowski demonstrated that all societies have legal ideals and rules, but in practice these ideals are frequently forsaken and rules are bent or evaded. Trespassers expose themselves to sanctions, but they often get away with their violations.

A major contribution of *Crime and Custom* was that it showed how the Trobrianders were not only governed by criminal law, but also by civil law. Hitherto, most scholars had assumed that if « primitive societies » knew a form of law it was criminal law only <sup>(44)</sup>. Malinowski demonstrated that by contrast an intricate complex of rules governed transactions and institutions as village, clan, and marriage, quite similar to the « civil law » of modern societies. These societies were nothing like « communist tribes », but had their own rules concerning property and contract. The latter were based on reciprocity, economic obligation, public enactment and systematic incidence of obligation. Such rules were binding and could not be broke without consequence.

Just as between Ehrlich and Van Vollenhoven, strong similari-

---

<sup>(42)</sup> MALINOWSKI, *Crime and Custom*, cit., p. 1.

<sup>(43)</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>(44)</sup> *Ibid.*, p. 63.

ties exist between Malinowski and Van Vollenhoven. However, they are different ones, mainly connected to the nature of the non-Western societies they studied and the colonial context in which their work was located.

The first similarity is the wish of both scholars to reinforce respect for and an understanding of « the other ». Both argued that the local systems of social relations were *law* and not mere custom and for this reason these systems deserved respect. However, there was also a difference. Malinowski mainly drew attention to the similarities between « savage » and « civilised » human beings, often with a touch of irony. So he finds that « [w]henever the native can evade his obligations without the loss of prestige, or without the prospective loss of gain, he does so, exactly as the civilized business man would do »<sup>(45)</sup>, or « [t]he savage is neither an extreme ‘collectivist’ nor an intransigent ‘individualist’ — he is, like man in general, a mixture of both »<sup>(46)</sup>. The best example is in a footnote, where Malinowski explains how difficult Melanesians find it to hear the preaching by « civilized » white people of Christianity, « brotherly love » and a taboo on warfare and killing, and reconcile this with the stories they heard about the Great War going on in Europe:

They forcibly concluded that the White Man was a tremendous liar, but they were not certain at which end the lie lay — whether in the moral pretence or in his bragging about war achievements<sup>(47)</sup>.

Van Vollenhoven had made it a major part of his task to expose similar hypocrisy — in particular on the part of the colonial bureaucracy — even if his indignation usually precluded irony. But a more important difference is that he was facing the difficult task of reconciling the equality between Indonesians and Europeans as human beings, while at the same time promoting Indonesian legal systems as something so alien to Western thought that the imposition of Western law could only lead to great injustices. On top of that, most adat law in the Netherlands Indies was far removed from what one could possibly label « primitive law », often concerning

---

<sup>(45)</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>(46)</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>(47)</sup> *Ibid.*, p. 83, fn. 1.

highly complex systems of legal rules governing equally complex social organisations.

Malinowski was in the relatively comfortable position that his work had no immediate practical relevance. His objective was not to obtain legal recognition of local normative systems. However, by calling these systems *law* he elevated them to a higher level, beyond European arrogance vis-à-vis these « savages ». And he certainly was aware of the problems faced by local populations confronted with the modern world. Sometimes he comes very close to Van Vollenhoven in his normative evaluation:

The study of the rapidly vanishing savage races is one of those duties of civilization — now actively engaged in the destruction of primitive life — which so far has been lamentably neglected. The task is not only of high scientific and cultural importance, but also not devoid of considerable practical value, in that it can help the white man to govern, exploit, and ‘improve’ the native with less pernicious results to the latter <sup>(48)</sup>.

Or in the following quote, where the second sentence could have been written by Van Vollenhoven:

there is the subject of primitive law, the study of various forces which make for order, uniformity and cohesion in a savage tribe. The knowledge of these forces should have formed the foundation of anthropological theories of primitive organisation and should have yielded the guiding principles of Colonial legislation and administration <sup>(49)</sup>.

In short, both were fighting Western arrogance and concerned with the fate of the colonised.

The other main similarity between Van Vollenhoven and Malinowski is the importance they attach to doing fieldwork and to do this properly. The long-term participant-observation promoted and practiced by Malinowski was out of reach for most of the pupils and colleagues of Van Vollenhoven, who most often were conducting their research while being employed in the colonial civil service or judiciary. Nonetheless, the ideal was the same: « the study by direct observation of the rules of custom as they function in actual life » <sup>(50)</sup>. They were

---

<sup>(48)</sup> *Ibid.*, p. xi.

<sup>(49)</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>(50)</sup> *Ibid.*, p. 125.

also aware of the problems involved in examining a normative field as law and the danger of receiving answers indicating desirable instead of actual behaviour<sup>(51)</sup>. It is unsurprising that the descriptions of cases in *Crime and Custom* are quite similar to the ones encountered in the studies produced by the adat law scholars.

As a summary conclusion to this section and the previous one: Van Vollenhoven's work on adat law was located at the crossroads of several scholarly traditions — colonial law, the emerging sociology of law within the continental European legal tradition, and the emerging anthropology of law in 'primitive society'. As a result Van Vollenhoven's scholarship is representative of an eclecticism still found in much law and society research today. What made him unique and what made his work so sensitive — and to some critics controversial — is the colonial context in which he operated.

We can also see that there were differences between the legal pluralisms of Van Vollenhoven, Ehrlich and Malinowski. For Van Vollenhoven and Malinowski legal pluralism was not only an intellectually honest way of labelling the different forms of law they perceived, but also a way to command respect for communities other than the Western, so-called civilised ones. Choosing one's concepts has political consequences. According to Sonius, Van Vollenhoven also pleaded internationally to respect the law of the peoples under colonial rule<sup>(52)</sup>. Ehrlich's legal pluralism seems to be of a somewhat different nature. Although he called attention to the law of different ethnic communities in the Austrian-Hungarian empire his main interest were modern law and modern communities. This does not mean, however, that Ehrlich was not concerned with justice. His efforts to promote sociology of law were intimately intertwined with his resistance against the extreme legal formalism prevalent in Germany and his involvement in the *Freirechtsschule*. Ehrlich saw knowledge of living law as a key to a just interpretation of formal law, where the 'norms of decision' should be influenced by legal practices and their connected ideas on justice. Much of the

---

<sup>(51)</sup> *Ibid.*, p. 120, Commission for Adat Law, *Adat Guide*, 1910, in HOLLEMAN, *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*, cit., p. 264, rule 23.

<sup>(52)</sup> SONIUS, *Introduction*, cit., p. XXX. It is relevant to note that Van Vollenhoven was also a renowned scholar of international law.

difference in the scholarship of Van Vollenhoven, Ehrlich and Malinowski seems to stem from the variable degree of interconnectedness of the living law and the formal legal system within the social fields they studied. But this difference also resulted from the social fields they themselves were part of.

##### 5. *Legal pluralism in independent Indonesia.*

Several scholars have pointed out the irony in history: while Van Vollenhoven was sympathetic of Indonesian autonomy and supported Indonesians to study at Leiden and enter the Netherlands-Indian judiciary, it were his colonialist opponents' ideas on legal unification which would become leading in independent Indonesia<sup>(53)</sup>. Yet, unsurprisingly, and as Van Vollenhoven would have predicted, unification of law in such a plural country has not been easy to achieve. More than 75 years after Indonesia became independent legal pluralism is still widespread. However, most of it looks more like the 'living law' legal pluralism of Ehrlich than the state-recognised legal pluralism of Van Vollenhoven.

But before addressing the present let us first take a look at the situation immediately after independence. Like virtually all newly independent states Indonesia from the start became involved in two overarching projects: nation-building and promoting development<sup>(54)</sup>. For both purposes legal unification was an attractive policy option. A clear sign that Indonesia was heading in this direction can be found in the 1945 Constitution stipulation that Indonesia is a unitary state. After the Revolution — the four-year war of decolonisation against the Dutch — this Constitution was replaced and Indonesia became a Federal state, to return in less than a year to the unitary structure<sup>(55)</sup>.

---

<sup>(53)</sup> E.g. *ibid.*, pp. XL-XLI.

<sup>(54)</sup> Ferrell HEADY, *Public Administration: A Comparative Perspective*, New York, Marcel Dekker, 1979, pp. 244-245.

<sup>(55)</sup> Adriaan BEDNER, *The Need for Realism: Ideals and Practice in Indonesia's Constitutional History*, in *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Ideals and Reality*, Maurice Adam, Anne Meuwisse and Ernst Hirsch Ballin eds., Cambridge University Press, 2018, pp. 167-168.

An indication of a different nature was the speech given on occasion of the anniversary of Universitas Indonesia by Professor Soepomo, in 1947. Soepomo was a former pupil of Van Vollenhoven and Indonesia's most prominent adat law scholar. Under the Japanese he had held an influential policy position and he was one of the key actors in drafting the Constitution. Later he served as the first Minister of Justice of the Republic of Indonesia. If anyone among the nationalists might have been sympathetic to adat law at the time it would have been Soepomo. However, in his lecture he made clear that Indonesia's legal future was not one of adat law. Soepomo dismissed the colonial aspects of Western law, but unification along the lines of such modern law would be the way forward <sup>(56)</sup>.

Less known, but more nuanced and insightful on the issue of legal unification is a chapter Soepomo contributed to a volume commemorating the 25<sup>th</sup> anniversary of the *Rechtshogeschool*, which by then had become the Law Faculty of *Universitas Indonesia*. It was published in 1949, shortly before the Dutch finally conceded defeat in the struggle to keep their colony. In a discussion of the work of Ter Haar — Van Vollenhoven's most influential pupil — Soepomo held that « [t]hose studying or applying adat law in these times should be mainly educated in sociology to understand the new social reality and the new forms of adat recht it has created » <sup>(57)</sup>. Sociology should form an important part of the education of lawyers.

Soepomo agreed with Ter Haar that the key in proper administration of justice was a thorough sociological knowledge of the population's sense of law (*rechtsbesef*) combined with the judge's own sense of law. To acquire such knowledge the judge could use the adat law text-books, the descriptions of adat law in different regions in Indonesia, and the compilations of precedents (*jurisprudentie*). Finally, the judge should keep in close contact with the « legal environment » in which he or she was administering justice.

---

<sup>(56)</sup> SOEOMO, *Kedudukan Adat Di Kemudian Hari*, Djakarta, Pustaka Rakyat, 1947.

<sup>(57)</sup> SOEOMO, Prof. Mr. B. ter Haar Bzn. (9 February 1892 — 20 April 1941), *Heroriëntatie op het gebied van adatrechtpolitiek*, in F. VAN ASBECK, *Gedenkboek Rechtswetenschappelijk Hoger Onderwijs in Indonesië 1924-1949*, Groningen/Djakarta, Wolters, 1949, p. 39.

While according to Soepomo much of adat law was still relevant, one should also acknowledge that the general environment had changed. Large parts of the Indonesian population were modernising rapidly, becoming more individualised and businesslike; a « social revolution » had taken place and increased social tensions required a more active role of the government. The major change obviously was that this government would soon be one of Indonesians over Indonesians. Required was « the adjustment of Indonesia to the demands of the modern world, and specifically as regards the administration of justice, a system of law and administration of justice, which is equivalent to that of modern countries ». Soepomo agreed with Van Vollenhoven that in the long run a codification answering the legal needs of Indonesians was the most preferable way to accomplish this, but he acknowledged that it would be extremely difficult to do this properly given the diversity of the population. Most difficult, according to Soepomo, would be to unify family law. However, commercial and labour law as part of modern legal relations were amenable to unification. And land law should certainly be unified as well and if necessary the new land law should change the old adat rights. But in all of this, he warned, a key point made by Van Vollenhoven remained central: making new laws is easy, but getting them accepted by the population is another matter <sup>(58)</sup>.

The form and substance legal unification should take was not entirely clear. Ideas about unification were shared by a broad political spectrum, from communists to Islamists. They agreed that Indonesia needed to be centralised and unified, but they disagreed profoundly on the content of the new law. Islamist wanted Islamic law, nationalists wanted modern law, many communists wanted as little law as possible. In any case, few — if any — preferred legal pluralism.

Nonetheless, the fate of adat law as a special form of living law deserving of state recognition was sealed. In the years to come the formal recognition of adat law was slowly but steadily undermined. Some scholars and politicians looked for ways to maintain the

---

<sup>(58)</sup> *Ibid.*, pp. 47-50.

symbolic value of adat law as something genuinely Indonesian to support the national state. This gave rise to the idea of a ‘national adat’, a core of principles shared across the nation which should find its expression in the unified legal system<sup>(59)</sup>. Nonetheless, as we will see, Indonesia’s future legal reality stayed closer to Van Vollenhoven’s pluralist law than most would have predicted.

## 6. *Land law.*

One of the key areas of legal unification concerned land law. Land was considered indispensable for development purposes such as rural restructuring and industrial and urban expansion. This led the government to enact the Basic Agrarian Law (BAL) in 1960. The BAL replaced the Dutch plural system of land law with a unified system of rights, allegedly based on the national adat. It also replaced the domain principle with an even further-reaching claim to ownership of land by the state.

If one looks closely at this idea of national adat underlying the Basic Agrarian Law (BAL) and the actual content of the law, it reminds of Savigny and Puchta’s pretence that « the law originates with the people », but that what « the people » actually do is of no importance<sup>(60)</sup>. While the BAL stipulated that it was based on adat law, it limited the validity of the living adat wherever it could and elevated the state’s ownership of land to a new level. Henceforth the right to avail was only valid to the extent that adat communities had not developed over time into more modern communities, and — in any case — their rights could always be overridden by the state for reasons of public interest. The general recipe of the BAL is that land rights should be individualised and registered — exactly the kind of system that Van Vollenhoven feared would marginalise small peasants<sup>(61)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> Muhammad KOESNOE, *Hukum Adat sebagai suatu model hukum*, Bandung, Mondar Maju, 1992.

<sup>(60)</sup> See also FOULKES, *On the German Free Law School*, cit., p. 369.

<sup>(61)</sup> On the BAL see for instance Daniel FITZPATRICK, *Disputes and pluralism in modern Indonesian land law*, in « Yale Journal of International Law », 22 (1997), pp. 171-212; Adriaan BEDNER, *Indonesian land law: Integration at last? And for whom?*, in

Even if registration of land has proven difficult and very slow<sup>(62)</sup>, this is more or less what has happened. Many communal lands have been enclosed by the state, in particular under the Soeharto regime which was in place from 1966 until 1998, but the process of dispossession has continued, and of course it has not remained limited to adat communities<sup>(63)</sup>. What is striking, however, is the lack of respect the Soeharto regime had for adat communities in particular. Labelled « isolated tribes » (*suku terasing* or *masyarakat adat terpencil*) they were subjected to all kinds of development programmes most of which led to loss of land, livelihood and social coherence<sup>(64)</sup>.

The difference with colonial times was of course that it were no longer foreigners but Indonesians governing, developing and exploiting other Indonesians. Yet, the justification for the dispossession of land had not much changed: the ‘will to improve’, under the New Order coined as ‘pembangunan’, or national development, was not unlike the ethical policy of the Dutch; a genuine belief and effort for some policy makers, a cynical sham for others. Most likely it was both at the same time. But the official narrative in any case was that the ones who lost their land were supposed to pay the price for the progress of the nation and that they should not complain.

During the early years after 1998, when Soeharto was deposed and Indonesia transitioned to a democratic political system, many communities saw opportunities to reoccupy the land taken from them. Sometimes they were successful, sometimes they were not. As time passed and the rebellious atmosphere dissipated new forms of action to regain land became necessary. And remarkably, the domi-

---

*Land and development in Indonesia: Searching for the people's sovereignty*, John F. McCarthy and Kathy Robinson eds., Singapore, ISEAS, 2016, pp. 63-88.

<sup>(62)</sup> Pierre VAN DER ENG, *After 200 years, why is Indonesia's cadastral system still incomplete?*, in *Land and development in Indonesia: Searching for the people's sovereignty*, John F. McCarthy and Kathy Robinson eds., Singapore, ISEAS, 2016, pp. 227-244.

<sup>(63)</sup> BEDNER, *Indonesian land law*, cit.; Adriaan BEDNER, Yance ARIZONA, *Adat in Indonesian Land Law: A Promise for the Future or a Dead End?*, in « The Asia Pacific Journal of Anthropology », 20 (2019), pp. 420-421.

<sup>(64)</sup> See for instance Gerard PERSOON, *Isolated Islanders or Indigenous People: The Political Discourse and its Effects on Siberut (Mentawai Archipelago, West-Sumatra)*, in « Antropologi Indonesia », 68 (2002), p. 30.

nant mode of action in retrieving lost land — at least in rural areas — harks back to Van Vollenhoven. At present, the key form of resistance against land dispossession is once again the appeal to the right to avail <sup>(65)</sup>.

This return to Van Vollenhoven's line of defence has been stimulated by the rise to prominence of the *Aliansi Masyarakat Adat Nusantara* (Association of Adat Communities of the Archipelago), or AMAN. They provide nationwide support to communities to retrieve or protect their land by referring to their status as adat communities. This process has been going on for twenty years now and its end seems not in sight.

Unfortunately, there are two problems with this approach. The first one is that Indonesia's national laws have changed and that they are far less conducive to recognition of the right to avail than the colonial laws. Given the limitations imposed by the BAL and the Forestry Law, proving the right to avail is exceedingly difficult. Until recently there was not even an implementing framework for such recognition, and the one that has been created since erects several hurdles which are for most communities impossible to overcome.

The second problem is that Indonesia has changed. Even in Van Vollenhoven's days migration and changing living conditions were leading already to loss of cohesion of adat law and its institutions. As a result, the defence based on adat law as first defined by Van Vollenhoven and his contemporaries rarely works. This could be different if the definition of an adat community would change. The idea of adat law should be broadened to living law, in line with the ideas of Van Vollenhoven, Ehrlich and Malinowski. However, given that adat is treated as a fossil from the past by adat scholars in Indonesia's law faculties, and given the conservatism of most of government officials involved it is difficult to imagine such a development.

This does not mean that legal pluralism has disappeared in land matters. As long as land remains unregistered and/or contested people will occupy, live on and try to legalise the land they hold. For this purpose they often use systems of tenure they have created

---

<sup>(65)</sup> The next few paragraphs are based on BEDNER, ARIZONA, *Adat in Indonesian Land Law*, cit.

themselves <sup>(66)</sup>. This happens both in rural and in urban areas and on many occasions the state accommodates this living law, or is forced to. In his recent *Nine Tenths of the Law* Christian Lund writes about legal pluralism in land tenure under the new, complex conditions as follows:

Statutory law is present, propped up by the redoubtable powers of enforcement of the state, but claims, rules, and forms of access that can be made to appear legal may possibly enjoy the same status and enforcement. These efforts to legalize are fueled by popular imaginations of the law and the desire that a claim should be seen as legal rather than be dismissed by the strictures of professional legal dogma <sup>(67)</sup>.

This is far removed from the adat communities whose systems of land holding and way of life Van Vollenhoven sought to protect. Yet, the contestation is similar and the importance of getting recognition has remained. The main difference is that the colonial formal substantive law offered arguably more room for recognition of the land rights of communities than Indonesia's current formal substantive law — even if it is true that many in the colonial bureaucracy subverted this law in favour of foreign capitalists.

## 7. *Family law.*

In another field of social life in Indonesia legal pluralism has continued to receive more recognition by the state than in land matters. Family law, as already mentioned by Soepomo above, is generally recognised as probably the most difficult field to achieve legal unity, due to the diversity of local value systems, the close connection with religion and the emotional values involved. Despite continuous efforts at unification plurality has remained, and here we

---

<sup>(66)</sup> See for instance Gustaaf REERINK, Jean-Louis VAN GELDER, *Land titling, perceived tenure security, and housing consolidation in the kampongs of Bandung, Indonesia*, in «Habitat International», 34 (2010), 1, pp. 78-85 and Rikardo SIMARMATA, *Legal complexity in natural resource management in the frontier Mahakam Delta of East Kalimantan, Indonesia*, in «The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law», 42 (2010), 62, pp. 115-146.

<sup>(67)</sup> Christian LUND, *Nine-Tenths of the Law: Enduring Dispossession in Indonesia*, New Haven, Yale University Press, 2020, p. 178.

see that the state has been able to strike a better balance between its drive for unification and the living law.

While so far I have discussed legal unification mainly as an elite government project, it has been driven by various interest groups. In the case of family law the one which invested most in unification was the women's movement. Women activists wished to get rid of the patriarchal system of Islamic law which has dominated family law of most Indonesians. However, over time it became clear that the Islamic establishment would never accept a fully secular system, and that most Indonesians support this point of view. The outcome of the struggle has been a system where the state is in charge of registering marriages, but where the validity of a marriage is not formally dependent upon registration. To be recognised by the state a religious marriage must be registered and to be registered it needs to conform to the limitations imposed by state law. Such limitations concern issues as polygamy, repudiation and other discriminatory practices. Another important requirement is that a divorce must take place before a state court, the Islamic court<sup>(68)</sup>.

The actors who make this system work are the local bureaucracy and the judges charged with its implementation. The local bureaucracy here involves an array of officials, some of whom are paid by the state (such as the head of the registration office) and some of whom are not. The latter are those involved in concluding the religious marriage, who act simultaneously as intermediaries between the local population and the registration office. The present mechanism does not answer the requirements of a streamlined modern legal system, but it has the ability to deal with the legally plural nature of local society and hence can resolve problems of pregnant girls who are too young to get married, problems of women who want to get a divorce while their husbands do not, and of children who need a birth certificate carrying the names of both

---

(68) See for instance Mark CAMMACK, Adriaan BEDNER, Stijn VAN HUIS, *Democracy, human rights, and Islamic family law in post-Soeharto Indonesia*, in « New Middle Eastern Studies », 2015, <<http://www.brismes.ac.uk/nmes/archives/1413>>.

their parents — even if these parents were not officially married at the time of birth <sup>(69)</sup>.

Whereas in land matters the bureaucracy and judges have failed to reconcile the modern legal system with living law, in the field of family law they have been quite successful. In this manner they have achieved what Van Vollenhoven — and Ter Haar even more — saw as the way in which adat law and modernisation could be reconciled. The main reason is that the stakes in family law are different from those in land law: in the former it is an orderly civil registry versus the indifference of a population who do not need the state for organising their family lives, whereas in the latter it is the interest of large capital versus the livelihood of small peasants. The relatively autonomous nature of communal family life also allows people to withdraw with relative ease from the purview of the state — something they cannot do in situations where a company arrives to take away their land, backed up by the power of law, bureaucracy and courts.

## 8. *Aceb.*

Before coming to a conclusion I need to briefly mention the unique situation regarding legal pluralism in Aceh, the single province which has managed to gain a high degree of formal autonomy from the unitary state. After a long civil war and a devastating tsunami that killed an estimated 167, 000 people the Indonesian central government and the Free Aceh Movement concluded a peace treaty. Under the autonomy Aceh thus gained, it introduced its own brand of Islamic law and its own system of Islamic courts. The latter's powers do not only include family law, as in the other parts of Indonesia, but also certain crimes — such as gambling,

---

<sup>(69)</sup> See for instance Stijn VAN HUIS, *Islamic courts and women's divorce rights in Indonesia: The cases of Cianjur and Bulukumba*, Leiden, EM Meijers Research Institute and Graduate School of Leiden University, 2015; Mies GRIJNS, Hoko HORII, *Child marriage in a village in West Java (Indonesia): Compromises between legal obligations and religious concerns*, in «Asian Journal of Law and Society», 5 (2018), pp. 453-466; Muhammad Latif FAUZI, *Aligning Religious Law and State Law: Street-level bureaucrats and Muslim marriage practices in Pasuruan, East Java*, PhD-thesis, Leiden University, 2021.

drinking alcohol and being involved in illicit sexual relations <sup>(70)</sup>. Less known is that adat law has become officially applicable as well, in large part to the same offences as covered by the Aceh state Islamic law. While officially these systems are separate, in practice it appears that police and other local government actors skilfully use the plural system to resolve local problems in the way they see most fit. In practice this is usually the way that is locally considered the most appropriate, for instance by applying adat law in cases of those endogamous marriages which are considered unacceptable, while in cases involving lesser violations police, prosecutors and local government apply Acehnese state Islamic law. Criminal suits in more severe cases are brought under Acehnese state Islamic law or even under national criminal law instead of adat law, because the punishments these systems apply provide more protection for the victim. A good example are cases concerning sexual abuse of children, where national law can serve to remove the perpetrator from the local society.

The case of Aceh is complex and the effects still need to be fully understood. What it does show is that by reintroducing adat law local power-constellations have been redefined and checks and balances seem to have increased. Moreover, it indicates that the recognition of legal pluralism can serve to better adapt the responses of the legal system to local ideas of justice <sup>(71)</sup>.

## 9. *Conclusion.*

The final sections of this article have provided a mere glimpse of legal pluralism in Indonesia today. They deal with complex phenomena that can be considered from multiple perspectives and deserve a more elaborate treatment. Nonetheless, they do show that in present-day Indonesia legal pluralism lives on, even in those fields of law where the government has tried hardest to achieve unifica-

---

<sup>(70)</sup> Arskal SALIM, *Dynamic legal pluralism in Indonesia: Contested legal orders in contemporary Aceh*, in « The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 42 (2010), 61, pp. 1-29.

<sup>(71)</sup> I have derived the information about Aceh from the PhD-research conducted by A. Arfiansyah, whose thesis is scheduled to be defended later this year.

tion. Other examples I have not considered include the recent return to traditional forms of government in West Sumatra and Bali <sup>(72)</sup>, the continued ascendancy of adat elites in the bureaucracy of Eastern Indonesia <sup>(73)</sup>, the role of adat leaders in family law in Mukomuko <sup>(74)</sup>, and many others <sup>(75)</sup>.

Most of these instances of legal pluralism do not concern the state-recognised version Van Vollenhoven championed. Even if such formal legal pluralism has made a come-back in Aceh, and to a lesser extent in other places, the large majority of Indonesians today are officially subject to national laws and not to adat. Migration, capitalism, globalisation, education and other processes associated with modernity have changed Indonesia in such a way that not much has remained of the adat communities who made up the large majority of Indonesia's population in the first decades of the 20<sup>th</sup> century.

However, legal pluralism still is omni-present. Communities or other semi-autonomous social fields create their own rules and the state has to do something with them. In some fields, such as family law, the state has adapted itself to the situation and found more subtle ways than confrontation or coercion to address the living law. This adaptation is in line with the ideas of Van Vollenhoven and Ehrlich. In family law, Indonesia has codified living law (Van Vollenhoven), but left room for the judiciary and the bureaucracy to adapt the resulting formal legal provisions to the situation at hand (Ehrlich). Informed by local knowledge, street-level bureaucrats involved in family law matters will even transgress statutory limits to

---

<sup>(72)</sup> About West Sumatra see the impressive study by Franz and Keebet VON BENDA-BECKMANN, *Political and legal transformations of an Indonesian polity: the Nagari from colonisation to decentralisation*, Cambridge University Press, 2013. See also Jacqueline VEL, Adriaan BEDNER, *Decentralisation and village governance in Indonesia: the return to the nagari and the 2014 Village Law*, in « The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 47 (2015), 3, pp. 493-507.

<sup>(73)</sup> Jacqueline VEL, *Uma politics; An ethnography of democratization in West Sumba, Indonesia, 1986-2006*, Leiden, Brill, 2008.

<sup>(74)</sup> PhD-research that is currently being conducted by Al-Farabi at the Van Vollenhoven Institute.

<sup>(75)</sup> See also David HENLEY, Jamie DAVIDSON, *The revival of tradition in Indonesian politics: The deployment of adat from colonialism to indigenism*, Routledge, 2007, and the special double issue of « The Asia Pacific Journal of Anthropology », 20 (2019), 5/6, *Changing Indigeneity Politics in Indonesia: From Revival to Projects*.

accommodate the living law in seeking practical solutions for mundane issues as teenage pregnancy, adultery, violent husbands — in short, for the problems commonly found in an imperfect world.

Where it concerns land tenure the situation is quite different. Here accommodation occurs as well, but the stakes are higher and violence is around the corner. Captured by elite interests, both at the national and regional level, the state is not prepared to give in to those claiming rights outside the system it has designed and communities championing their rights almost always find themselves at the losing end.

The ultimate reason is that the interests of capital have outweighed the interests of local land-users. This has translated into a legal system where the two positive features found in family law discussed above have been absent. The Indonesian government has created a legal system along the preferences of the colonial bureaucrats Van Vollenhoven so despised: a unified land law predicated on individual land rights with the broadest of preferential rights for the government. On top of that, the judiciary and the land bureaucracy have seldom used their jurisdiction within the constraints of this system to accommodate local systems of land rights within the state legal framework <sup>(76)</sup>.

So where does this leave Van Vollenhoven? It is beyond this article to engage with the critiques of his work, some of which I have addressed in passing. Generally, I feel that he has not been treated fairly by authors as Burns, Bouchier and Lev, who have tended to portray him as a romantic who promoted a ‘pure’ adat law and despite his good intentions left Indonesia ill-prepared for the future <sup>(77)</sup>. As regards adat law I think Van Vollenhoven’s conception was closer to Ehrlich’s living law than these authors concede. A similar and convincing argument has been made by Franz and

---

<sup>(76)</sup> It is striking, for instance, how courts hardly play a role in the struggles over land discussed by LUND, *Nine-Tenths of the Law*, cit.

<sup>(77)</sup> BURNS, *The Leiden Legacy*, cit.; BOURCHIER, *Illiberal democracy*, cit.; Daniel S. LEV, *Colonial law and the genesis of the Indonesian state*, in « Indonesia », 1985, 40, pp. 57-74.

Keebet von Benda-Beckmann, in an article showing how Burns misrepresents several key-concepts of Van Vollenhoven (78).

On one point I think the critique does make sense: Dan Lev's argument that in supporting adat law the colonial state reinforced the power of the Indonesian local elites who served their own interests and helped them in sustaining their power after Indonesia became independent. This is not something Van Vollenhoven was unaware of — no one could be after having read Multatuli's indictment of the adat heads' abuse of power in his 1866 novel *Max Havelaar* (79). One way in which he addressed it was to conduct research into adat law in a manner that did not represent only the views of adat leaders. However, this was a problem caused by the colonial system that he could not resolve.

When it comes to land law no one today will deny the utter unfairness of the colonial system. But it is precisely this unfairness Van Vollenhoven was fighting. The situation would most likely have been worse if he had not championed the rights of Indonesians against colonial capital. Respect for adat law was an important bulwark in that defence. It is telling that most of the attacks against Van Vollenhoven's ideas by his contemporaries came from colonial capitalists. If they would have been served by the recognition of adat, why would they have been so adamant in pursuing the introduction of Western legal codes?

This is also why I think the comparison between Van Vollenhoven and Malinowski makes sense. Their argument in favour of legal pluralism forced the state to justify its legal policies to « civilise » others. Ehrlich offered tools for doing this beyond « traditional » adat law, which ran a risk of being labelled as backward and outdated. In the case of Indonesia this is where Ter Haar came in, who tried to adapt the adat policies to modern times. Justice would

---

(78) Franz and Keebet VON BENDA-BECKMANN, *Myths and stereotypes about adat law: A reassessment of Van Vollenhoven in the light of current struggles over adat law in Indonesia*, in « Bijdragen tot de taal-, land- en volkenkunde/Journal of the Humanities and Social Sciences of Southeast Asia », 167 (2011), 2-3, pp. 167-195.

(79) This novel, accusing the adat heads of maladministration and the colonial government of condoning this, appeared in 1860 and had a huge impact on debates concerning the colony in the Netherlands.

be supported if Indonesian judges today would follow this line of thinking and pay more attention to the living law.

BALDASSARE PASTORE

## PLURALISMI GIURIDICI E TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO CONTEMPORANEO

1. Un modello, molti fenomeni. — 2. Il pluralismo delle fonti. — 3. Internormatività e multiculturalismo. — 4. La dimensione pluri-ordinamentale del diritto globale. — 5. Pluralismo giudiziario transnazionale. — 6. Per un pluralismo ordinato.

### 1. *Un modello, molti fenomeni.*

« Pluralismo giuridico » è sintagma utilizzato per designare una peculiare rappresentazione del mondo del diritto. Si tratta di una raffigurazione, compiuta a partire da fenomeni multiformi, che rinvia ad un modello teorico o ad una serie di modelli teorici <sup>(1)</sup> costruiti per rispondere a problemi che si pongono in contesti storicamente determinati e connessi ad un insieme di assunti concettuali e metodologici <sup>(2)</sup>.

Uno di questi assunti riguarda la tesi della « pluralità degli ordinamenti giuridici », che si sviluppa nell'ambito delle teorie antiformalistiche del diritto elaborate in Europa, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, in polemica con la concezione monistica che riduce tutto il diritto al solo diritto statale (identificato con la legge) <sup>(3)</sup>. Le teorie antiformalistiche mettono in discussione il monopolio statale della produzione del diritto. Tra l'altro, hanno

---

<sup>(1)</sup> M. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 1003.

<sup>(2)</sup> F. VON BENDA-BECKMANN, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, in « Journal of Legal Pluralism », 47 (2002), pp. 39-41; J. MORET-BAILLY, *Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques*, in « Droits », 35 (2002), pp. 203-204.

<sup>(3)</sup> Cfr. C. FARALLI, *Vicende del pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in « Sociologia del diritto », XXVI (1999), 3, pp. 89-93; P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp.

fornito un importante contributo alla fondazione della sociologia del diritto (4), che ha visto nel pluralismo giuridico un luogo teorico centrale per la riconcettualizzazione del rapporto tra diritto e società (5).

Invero, il modello pluralistico ha come presupposto indispensabile la teoria dell'ordinamento (6), che trova nell'« intuizione ordinamentale » di Santi Romano un punto di riferimento fondamentale (7). Romano ricollega il diritto nel « magma della società » e ne riconosce « la sua effettiva articolazione pluralistica, il suo distendersi a rivestire ordinatamente le coagulazioni sociali più diverse, il suo vario e plurimo manifestarsi quale espressione della realtà plurima della società » (8). Il diritto è visto come trama ordinante, come schema di pensabilità, come codice proprio di qualsiasi entità normativa organizzata (9).

Il tema del pluralismo giuridico ha trovato un considerevole riscontro negli studi antropologici a partire dall'esperienza coloniale, con la « scoperta » dell'esistenza di società aventi organizzazioni giuridiche diverse da quelle occidentali e con l'introduzione, nei paesi coloniali, del diritto europeo, che ha prodotto una situazione di convivenza tra sistemi giuridici e giudiziari « moderni » e tradizionali (10). In questa prospettiva, il pluralismo giuridico, nella sua variegata articolazione (11), afferma l'esistenza di una molteplicità di

---

171-174; F. DE VANNA, *Dalla pluralità delle fonti al rapporto tra ordinamenti. Itinerari "imprevisti" del pluralismo giuridico*, Modena, Mucchi, 2019, pp. 29 e ss., 36 e ss.

(4) R. TREVES, *Sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1987, pp. 103-136.

(5) S.E. MERRY, *Legal Pluralism*, in « Law & Society Review », 22 (1988), p. 869.

(6) Cfr. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, cit., pp. 1007-1008. Nega, invece, che vi sia alcun nesso necessario tra teoria dell'ordinamento e pluralismo giuridico N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 144, 148.

(7) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918, 1946), Macerata, Quodlibet, 2018, p. 97 e ss.

(8) Così GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 152.

(9) M. CROCE, *La tecnica della composizione: il pluralismo operativo di Santi Romano*, in « Iura Gentium », XV (2018), 2, pp. 19 e ss., 24-25.

(10) N. ROULAND, *Antropologia giuridica* (1988), Milano, Giuffrè, 1992, p. 72 e ss.

(11) Cfr. R. MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXXIV (2004), pp. 345-362. Sulle

diritti presenti all'interno di uno stesso campo sociale <sup>(12)</sup>. Opera, in tal modo, una relativizzazione del ruolo dello Stato nei confronti della società <sup>(13)</sup> e una cesura radicale tra diritto e Stato <sup>(14)</sup>. È, questa, una versione del pluralismo giuridico definito « pluralismo giuridico classico », differenziandolo da quello « nuovo » <sup>(15)</sup>, che riguarda le società occidentali avanzate e che inizia con le analisi, prevalentemente di natura sociologica, sull'interazione tra ordinamenti normativi variamente configurati (alcuni ufficiali, altri non-ufficiali; alcuni statali, altri indipendenti dal riconoscimento dello Stato). Vi è poi chi individua una ulteriore fase — post-moderna — del pluralismo giuridico, tipica dell'era della globalizzazione, che si configura come presenza di ordini giuridici sovranazionali e transnazionali che coesistono, in un intreccio poroso, entro uno spazio aperto e comunicante, con gli ordini statali e infrastatali <sup>(16)</sup>. Guardando a tali diverse fasi, è possibile parlare di un'« odissea intellettuale del concetto di pluralismo giuridico » <sup>(17)</sup>.

Ponendosi nell'ottica della teoria giuridica, che è l'approccio assunto in questa sede, il pluralismo giuridico si configura come un modello idoneo per la comprensione del modo di presentarsi del diritto nel mondo odierno. Appare difficile, pertanto, pensare ad una teoria del diritto — chiamata ad elaborare strumenti concettuali utili alla conoscenza del diritto e capace di aderire agli effettivi processi di positivizzazione — che non abbia un esito pluralistico <sup>(18)</sup>.

In questa prospettiva, il pluralismo giuridico si pone come

---

plurali definizioni antropologiche di « pluralismo giuridico » si rinvia a ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 76 e ss.

<sup>(12)</sup> Ivi, p. 77.

<sup>(13)</sup> J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 24 (1986), pp. 2, 38-39.

<sup>(14)</sup> ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 87.

<sup>(15)</sup> MERRY, *Legal Pluralism*, cit., p. 872 e ss.

<sup>(16)</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Law: a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in « Journal of Law and Society », 14 (1987), pp. 297-298, il quale utilizza la parola « *interlegality* » e la intende come « *phenomenological counterpart of legal pluralism* ».

<sup>(17)</sup> MERRY, *Legal Pluralism*, cit., p. 869.

<sup>(18)</sup> CORSALE, *Pluralismo giuridico*, cit., p. 1010.

concetto esplicativo per dar conto del carattere multidimensionale che la regolazione giuridica presenta nella realtà attuale. Non va confuso con la pluralità<sup>(19)</sup>, ma la illustra, registrando la coesistenza di differenti fonti, ordinamenti, apparati istituzionali, repertori normativi<sup>(20)</sup>: una coesistenza che può implicare differenti tipi di interrelazioni, collocate a molteplici livelli, con diversificati punti di sovrapposizione, conflitto e influenza reciproca<sup>(21)</sup>. Si tratta, allora, di una categoria che può risultare rilevante per rappresentare le trasformazioni del diritto contemporaneo e i fenomeni che lo caratterizzano, spesso ambivalenti e dissonanti rispetto ad una astratta coerenza sistematica, ma dotati di una sicura consistenza nell'esperienza giuridica, considerato che la giuridicità si pone come modalità presente in tutte le sfere della vita pratica e non è isolabile da esse.

Il pluralismo giuridico, invero, è una proprietà dei contesti sociali e designa il fatto che all'interno di uno stesso ambiente sociale sono operative norme giuridiche di differente provenienza, alcune prodotte al suo interno, altre da ambiti esterni<sup>(22)</sup>. Da questo punto di vista, appare opportuno far riferimento ad un pluralismo giuridico « dentro lo Stato » e ad un pluralismo giuridico « oltre lo Stato »<sup>(23)</sup>.

---

(19) M. DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009, p. 8. Cfr. anche F. VIOLA, *Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Torino, Giappichelli, 2008, p. 101.

(20) VON BENDA-BECKMANN, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, cit., pp. 46, 65 e ss., 69 e ss.

(21) Cfr. B.Z. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in « *Sidney Law Review* », 30 (2008), pp. 382, 389, 396, 399, 403; W. TWINING, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, in « *Duke Journal of Comparative & International Law* », 20 (2010), pp. 478, 482, 512.

(22) GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, cit., p. 38; VIOLA, *Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, cit., p. 100.

(23) R. COTTERRELL, *Transnational Communities and the Concept of Law*, in « *Ratio Juris* », 21 (2008), p. 11; S. HAACK, *The Pluralistic Universe of Law. Towards a Neo-Classical Legal Pragmatism*, ivi, p. 457. Di « pluralismo giuridico interno » parla B. DE SOUSA SANTOS, *Towards a New Legal Common Sense*, London, Butterworths, 2002, p. 95. Al pluralismo come « coesistenza di una pluralità di differenti ordinamenti giuridici collegati tra loro » accenna A.-J. ARNAUD, *Legal Pluralism and the Building of Europe*, in

## 2. *Il pluralismo delle fonti.*

All'interno dell'ordinamento statale il pluralismo giuridico si manifesta nel mutato assetto delle fonti. Lo scenario si caratterizza per il venir meno del sistema delle fonti, con i suoi punti sicuri, una sua geometria, una differenziazione di efficacia formale, costituente un dato indiscusso per i giudici e, in generale, per gli operatori del diritto<sup>(24)</sup>. Il paesaggio è segnato da fenomeni di moltiplicazione e de-tipizzazione delle fonti<sup>(25)</sup> che producono una disarticolazione dell'edificio « neoclassico » costruito sulle linee semplici e regolari di un insieme normativo fondato sulla legge<sup>(26)</sup>.

L'introduzione di costituzioni rigide rappresenta uno dei fattori più rilevanti di crisi del sistema delle fonti<sup>(27)</sup>. Guardando all'ordinamento italiano, la Costituzione segna una « svolta pluralistica »<sup>(28)</sup>, sia nel senso che riflette il pluralismo intrinseco alla società, sia nel senso che ridisegna l'impianto monistico (fotografato nell'art. 1 delle *Preleggi*), con la riduzione della positività a statualità.

La Costituzione ridefinisce i rapporti tra gli atti normativi, non

---

*Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, edited by H. Petersen, H. Zahle, Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Sydney, Dartmouth, 1995, p. 150. Cfr. anche M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 187-190; C. SCOTT, *Regolazione gerarchica, pluralismo giuridico e rule of law*, in « *Ars Interpretandi* », 11 (2006), pp. 103, 140-141.

<sup>(24)</sup> L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 536-537.

<sup>(25)</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 79-81; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, p. 19 e ss.; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 35, 48-49, 56-57.

<sup>(26)</sup> G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in « *Politica del diritto* », XVIII (1987), p. 149.

<sup>(27)</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012<sup>2</sup>, pp. 17 e ss., 21 e ss. Cfr. altresì F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 564-565; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 30 e ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Artt. 1-9*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 2011<sup>2</sup>, p. 315 e ss.

<sup>(28)</sup> Così P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, pp. 16-17, 91.

leggibili attraverso la sola visuale gerarchica <sup>(29)</sup>; configura plessi normativi policentrici che recano con sé il germe dello sgretolamento della gerarchia, affiancando, quando non sostituendo, ad essa, come criterio ordinatore delle fonti, la competenza, che meglio sembra rispondere al pluralismo istituzionale dei centri di produzione giuridica <sup>(30)</sup>. La Costituzione è anche disciplina delle fonti: le individua, le conforma, le condiziona, e produce una disarticolazione dei « tipi » di atti normativi in una varietà di figure aventi caratteri peculiari, non riconducibili ad uno schema generale omogeneo quanto a forma, efficacia attiva, resistenza passiva <sup>(31)</sup>. Ciò rileva sia con riguardo ai tipi « forti » <sup>(32)</sup> (i livelli costituzionale, primario e secondario), sia con riguardo alle figure che presentano, ciascuna, caratteristiche tali da non consentire di essere ricondotte al proprio « tipo » di appartenenza o schema generale di forma <sup>(33)</sup>. Si assiste, dunque, ad una diversificazione delle fonti, ad una loro differenziazione qualitativa ed estensione quantitativa, ad una variazione formale e sostanziale.

Le fonti « interne », poi, si trovano a concorrere con altre fonti « esterne », sovranazionali (si pensi alla penetrante incidenza del diritto dell'Unione europea) e transnazionali, in una dinamica che, tra l'altro, mostra, in maniera evidente, la fine della pretesa di « esclusività-impenetrabilità » degli ordinamenti nazionali. L'insieme delle fonti interne, infatti, non può essere considerato indipendentemente dall'esistenza di fonti proprie di altri ordinamenti che con il primo interferiscono e interagiscono <sup>(34)</sup>. Il riconosci-

---

<sup>(29)</sup> Si veda, in proposito, F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, a cura di M. Siclari, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 11-14.

<sup>(30)</sup> Ivi, p. 42 e ss. Sulla comparsa, ad opera della dottrina costituzionalistica italiana, dell'idea di competenza cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, sesta edizione aggiornata, a cura di F. Crisafulli, Padova, Cedam, 1993, pp. 232-234. Sugli intrecci fra gerarchia e competenza si veda CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 559-561.

<sup>(31)</sup> MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., pp. 42, 47-50.

<sup>(32)</sup> Così li chiama Modugno: ivi, p. 49.

<sup>(33)</sup> Modugno li definisce tipi « deboli »: ivi, pp. 54-55.

<sup>(34)</sup> Ivi, pp. 5-7.

mento di questo pluralismo mette in discussione l'immagine di un ordinamento giuridico sovrano, che pretende di fondare su di sé la propria autorità. Viene superata la prospettiva monistica secondo la quale ogni ordinamento determina e circoscrive il proprio ambito in virtù di un fondamento formale di validità ed è pensato come originario, esclusivo (talché alle norme di altri ordinamenti può essere attribuita rilevanza mediante rinvio o delega di autorità), chiuso <sup>(35)</sup>. Paradigmatica, in proposito, è la teorizzazione gradualistica kelseniana <sup>(36)</sup>, che definisce, in senso piramidale, con la sua articolazione a gradi, in una logica autopoietica <sup>(37)</sup>, la struttura dell'ordine giuridico nell'orizzonte dello Stato nazionale moderno.

L'irrompere delle fonti del diritto dell'Unione europea infrange il monopolio costituzionale della disciplina delle fonti primarie e produce effetti all'interno del diritto nazionale, fornendo regolamentazioni che, in vaste aree, sempre più sostituiscono la legislazione statale e la vincolano a fini imposti <sup>(38)</sup>. Così, laddove entra nell'ordinamento nazionale e diventa direttamente applicabile, il diritto euro-comunitario prevale sulle fonti interne confliggenti, anche di rango costituzionale, derogandole, a meno che non sia in contrasto con i principi supremi. La questione, come è noto, rinvia alla dottrina dei controlimiti, imperniata proprio sull'esistenza di un nucleo di principi irrinunciabili, inderogabili, che forgiavano l'identità costituzionale e che, pertanto, devono essere salvaguardati qualora

---

<sup>(35)</sup> F. MODUGNO, *Legge — ordinamento giuridico — pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 187; G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in « Diritto pubblico comparato ed europeo », 1 (2009), pp. 37-40, 42.

<sup>(36)</sup> Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, Etas, 1994, pp. 133-136; ID., *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1990, pp. 263-264.

<sup>(37)</sup> Si veda M.G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », LXXXII (2005), pp. 407-410.

<sup>(38)</sup> Invero, è la stessa Costituzione italiana (con l'art. 11 e l'art. 117, comma 1) che prevede l'apertura al diritto comunitario (oggi dell'Unione europea).

l'interferenza di fonti esterne ne possa scalfire il carattere assiologicamente e giuridicamente indisponibile <sup>(39)</sup>.

Le norme UE, che vengono ad essere configurate come norme di rango para-costituzionale, innestandosi sul diritto interno, determinano una rilevante alterazione nella struttura gerarchica delle fonti, in base a condizioni di validità ed efficacia che lo stesso diritto dell'Unione europea predefinisce, attraverso una significativa applicazione del criterio di competenza.

Inoltre, il controllo sulla retta interpretazione e applicazione delle norme europee, attribuito alla Corte di giustizia ed effettuato in sede di rinvio pregiudiziale, ha ricadute consistenti sul diritto interno, che deve essere interpretato in conformità al diritto UE ed è sottoposto allo scrutinio di tale Corte al fine di verificare la compatibilità delle norme interne alla stregua del diritto europeo, con il vincolo, cui soggiace il giudice nazionale, a disapplicare il diritto interno ritenuto dalla stessa Corte incompatibile con quello europeo <sup>(40)</sup>. Abbiamo a che fare, qui, con un intreccio di fonti, alcune dotate dei caratteri propri delle fonti legislative, insieme ad altre dotate dei caratteri propri delle fonti giurisprudenziali <sup>(41)</sup>, che incidono all'interno degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea nei termini di un complesso collegamento realizzato grazie a regole riguardanti l'individuazione delle fonti, le loro relazioni reciproche, la composizione dei conflitti che possono

---

<sup>(39)</sup> Sul tema, tra la letteratura più recente, si rinvia a DE VANNA, *Dalla pluralità delle fonti al rapporto tra ordinamenti*, cit., pp. 116 e ss., 121 e ss., 125 e ss., ed a C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in «Giurisprudenza costituzionale», LXIV (2019), pp. 491-499.

<sup>(40)</sup> Cfr. A. CELOTTO, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Torino, Utet, 2003; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 112-114; F. SORRENTINO, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in «Diritto e società», 3 (2013), p. 483 e ss.; E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, Jovene, 2015, p. 3 e ss.; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del « sistema di sistemi » come problema*, ivi, p. 153 e ss.

<sup>(41)</sup> A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 34-35, 44-45.

insorgere tra le norme che si susseguono nella dinamica della produzione giuridica (42).

L'impianto tradizionale delle fonti è messo in crisi da un ulteriore fattore che riguarda la presenza di centri di produzione normativa non previsti dal, ed estranei al, testo costituzionale e tuttavia efficaci in quanto suscettibili di condizionare il comportamento di soggetti pubblici e privati (43). Siamo nel campo dei processi di internazionalizzazione e globalizzazione, dove emerge un diritto transnazionale del tutto estraneo alla *ratio* della sovranità, prodotto privatamente e indifferente nei confronti dei confini statali (44). Ne è un esempio peculiare la nuova *lex mercatoria*, quale sistema di modelli contrattuali, assetto di regole commerciali, decisioni prodotte dagli arbitrati internazionali, attraverso cui vengono regolamentati tutta una serie di rapporti economici rilevanti a livello globale che sfuggono ad una disciplina legata agli ordinamenti nazionali (45). La *lex mercatoria*, d'altra parte, trova riconoscimento nell'ambito interno, quasi come una fonte autonoma proveniente da un ordinamento separato (46), sicché il momento 'esterno' viene sempre più a fondersi con i procedimenti nazionali di produzione giuridica. Il quadro normativo, pertanto, risulta essere il prodotto *in fieri* di continue combinazioni e integrazioni dovute all'intensificarsi delle interdipendenze connesse ai processi di destatalizzazione, che

---

(42) MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., p. 4.

(43) Ivi, pp. 29-32.

(44) S. BESSON, J. TASIIOULAS, *Introduction*, in *The Philosophy of International Law*, a cura di S. Besson, J. Tasioulas, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 2-13; S. RICHARDS, *Globalization as a Factor in General Jurisprudence*, in « Netherlands Journal of Legal Philosophy », 41 (2012), p. 129 e ss.

(45) F. GALGANO, *Lex mercatoria*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 721-729; M.R. FERRARESE, *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto "utile"*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, cit., pp. 60-65; LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 174-179; PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., pp. 32-34, 739-746, 764-766.

(46) Sulla nuova *lex mercatoria* quale « vero e proprio ed originario ordinamento giuridico, separato dagli ordinamenti statuali » v. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 726. Sulla sua configurazione nello spazio pluralistico prodotto dalla globalizzazione v. G. TEUBNER, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in *Global Law without a State*, edited by G. Teubner, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 3-28.

escludono, rendendola impossibile, ogni chiusura autoreferenziale del diritto.

In questa prospettiva è da segnalare inoltre la *lex informatica*, anch'essa espressione di un diritto che non insiste su un territorio, ma agisce su una rete di relazioni che copre l'intero pianeta. Le nuove tecnologie informatiche e la « svolta digitale » fanno emergere un quadro, incerto, instabile, disordinato, che vede la presenza di molteplici fonti regolatorie operanti in un contesto « globale », le cui ricadute, però, interessano gli specifici ambiti « locali » (47).

Tra le fonti « extrastatali » assume una significativa consistenza l'autonomia privata (48). Essa conferma il fatto che il diritto statale è solo una parte del diritto e si caratterizza come espressione di un pluralismo che riconfigura il modo di concepire l'ordinamento (49), mettendo in discussione l'« assolutismo giuridico », ossia la pretesa dello Stato di essere l'esclusivo produttore di tutto il diritto, con conseguente riduzione della multiforme complessità ordinamentale alle manifestazioni di volontà del legislatore (50).

Vari sono i fenomeni di produzione privata del diritto: le dichiarazioni e gli atti di esecuzione (51) interni all'ordinarsi dei rapporti intersoggettivi, le prassi negoziali, i lodi arbitrali, le procedure connesse ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie

(47) Sul tema cfr. E. MAESTRI, *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'era del cyberspazio*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

(48) Tra le cui manifestazioni — come si è visto in precedenza — rientra la nuova *lex mercatoria*. Sul rilievo che la produzione privata del diritto assume nell'attuale mutamento del sistema delle fonti si rinvia al numero monografico *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, a cura di G. Conte, M. Palazzo, in « Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato », 2 (2018). Cfr. inoltre S. MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto* (2007), Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 59 e ss., 91 e ss., 115 e ss., 124 e ss.

(49) F. ALCARO, *Il "Diritto dei privati"*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., pp. 92-95. Sull'autonomia privata come componente di un contesto giuridico pluralistico e policentrico v. H. ZAHLE, *The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics*, in *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, cit., pp. 194-195.

(50) Cfr. P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 3 e ss., 6 e ss., 21-23.

(51) R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in « Digesto delle Discipline Privatistiche », sez. civ., I, Torino, Utet, 1987, pp. 519-522.

(mediazione, conciliazione). L'autonomia privata va intesa come esercizio di libertà, oggetto di regolazione, fonte di regolazione<sup>(52)</sup>. Produce decisioni relative a regole che disciplinano interi settori della vita di relazione (attività patrimoniali e commerciali, rapporti familiari, rapporti successori, ecc.)<sup>(53)</sup>, senza il concorso di fonti pubbliche<sup>(54)</sup>, e che spesso sono idonee a essere osservate da soggetti ulteriori rispetto a quelli che le hanno poste in essere<sup>(55)</sup>. Gli atti dei privati diventano fonti normative<sup>(56)</sup>, ossia modi di manifestazione di regole giuridiche e ciò impatta sull'articolazione complessiva dei materiali normativi, confermandone la valenza pluralistica, e sulla stessa ripartizione della competenza dei poteri.

---

(52) E. NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., p. 136 e ss.

(53) Sui controlli cui è soggetta l'autonomia privata al fine di riequilibrare la disparità tra le parti, la posizione non paritaria, la mala fede di una parte, e di garantire interessi assunti come fondamentali dall'ordinamento v. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 169 e ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in « Banca, borsa e titoli di credito », LX (1997), Parte prima, p. 13; NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, cit., pp. 146 e ss., 150 e ss.

(54) Il riferimento va a quel diritto che « i privati [...] creano per regolare determinati rapporti d'interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statutale » sul quale, nel 1929, richiamava l'attenzione Widar Cesarini Sforza. Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 13. Il diritto dei privati regola i rapporti tra persone private, ma « non emana dallo Stato, né immediatamente né mediatamente »: *ivi*, p. 14.

(55) Tra gli atti di autonomia privata che hanno acquistato una parziale o totale efficacia *erga omnes* vi sono i contratti collettivi di lavoro. Essi — come è noto — vanno oltre il rapporto giuridico tra le parti, avendo normalmente efficacia generale nei settori produttivi di riferimento. La loro validità *erga omnes* ne fa una fonte atipica dotata di forza normativa. Cfr. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 167-168, 171-173.

(56) Sull'autonomia privata quale fonte del diritto cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in « Rivista di diritto privato », 4 (2010), pp. 7-8, 21 e ss.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in « Rivista di diritto civile », LV (2009), pp. 163, 169. Sul radicarsi dell'autonomia privata nella Costituzione, « da intendere quale trama di principi giuridici che traggono la loro forza e la loro vitalità non già dal fatto di provenire da un vertice autoritativo e sovrano, ma da un assetto organizzativo complesso, nel quale, in base a un movimento diffuso, ascendente e continuamente interpretato da corti qualificate, trovano espressione e sono destinate a convergere le iniziative individuali e collettive, private e pubbliche », cfr. U. BRECCIA, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furguele, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 10. Cfr., in proposito, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, pp. 40 e ss., 44 e ss., 53 e ss.

La dimensione policentrica del diritto contemporaneo <sup>(57)</sup> e la sua complessità <sup>(58)</sup> pongono in evidenza la non esaustività della classificazione delle fonti e delle modalità della produzione giuridica. Si assiste all'impossibilità di ricondurre il sistema delle fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento di formazione, ossia su un inquadramento preciso. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte e/o norme individuali e concrete.

Il diritto, dunque, può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse <sup>(59)</sup>. Vi sono fonti « atipiche », *extra ordinem* <sup>(60)</sup>, fonti in senso materiale, rinviati al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica <sup>(61)</sup>, con la conseguenza che « gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti » <sup>(62)</sup>. Nuovi atti normativi, pertanto, emergono accanto a quelli già conosciuti e considerati. Tra questi, ad esempio, rientrano i vari tipi e le varie forme di *soft law*, che testimoniano, per molti versi, un mutamento nella configurazione del diritto, caratterizzato dalla pre-

---

<sup>(57)</sup> *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, cit.; *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, edited by A. Hirvonen, London, Pluto Press, 1998. L'uso dell'espressione « *legal polycentricity* » rinvia ad una comprensione del diritto in quanto caratterizzato dalla presenza di molti centri di produzione normativa, di interpretazione e di applicazione — non solo all'interno di un'unica struttura giuridica — e avente, di conseguenza, molte forme. In questo senso, tale espressione si connette alla nozione di « *legal pluralism* ».

<sup>(58)</sup> A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 206, 209; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in « Rassegna di diritto civile », 1 (2005), pp. 188-214; J.B. RUHL, *Law's Complexity: a Primer*, in « Georgia State University Law Review », 24 (2008), pp. 885-911.

<sup>(59)</sup> F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009, p. 24.

<sup>(60)</sup> Sul tema delle fonti *extra ordinem* v. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 447-463.

<sup>(61)</sup> A. CATANIA, *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 11-12, 27-29, 31.

<sup>(62)</sup> C. ESPOSITO, *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 468.

senza di vari tipi di regole, destinate a orientare la condotta con riguardo a settori e ambiti di intervento, prodotte in base a modalità che fuoriescono dai tipici procedimenti di formazione e dotate di diversa valenza precettiva.

Il *soft law* rappresenta uno dei fattori con i quali prende forma oggi la normatività giuridica e che ne determinano la riconcettualizzazione<sup>(63)</sup>. Entra in gioco un'idea di giuridicità che non dipende solo dalla riconoscibilità formale/procedurale della norma, ma anche dal suo essere effettiva.

L'espressione è generalmente usata, da qualche tempo, per indicare una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti, potendosi trasformare, grazie al loro uso da parte di organi dotati di competenza normativa, in diritto immediatamente precettivo. Il *soft law* risponde ad un bisogno di flessibilità e di articolazione dell'intervento regolativo, non più centrato su norme rigide, ma attento all'esigenza di adattamento a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad orientare il comportamento verso particolari scopi, senza costringere a tenerne uno specifico. In tal modo, l'elasticità e la versatilità di questo strumento giuridico consentono di adempiere funzioni diverse: di indirizzo, di informazione e comunicazione, di socializzazione alle finalità e ai valori che le regole intendono mettere in moto, di orientamento del processo di interpretazione (ma anche di integrazione) delle stesse regole<sup>(64)</sup>.

La normatività risulta, così, non monolitica, bensì caratteriz-

---

<sup>(63)</sup> Per una panoramica degli strumenti di *soft law* utilizzati negli ordinamenti giuridici contemporanei, a livello internazionale, in quello europeo e nei contesti nazionali, tra la ormai vasta letteratura, si rinvia a: E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008; *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino, Giappichelli, 2009; A. BAILLEUX, *Le soft law et les deux droits*, in *Les sources du droit revisitées*. Vol. 4. *Théorie des sources du droit*, sous la direction de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove, Bruxelles, Anthemis — Facultés Universitaires Saint-Louis, 2012, pp. 503-537; I. HACHEZ, *Le soft law: qui trop embrasse mal étreint?*, ivi, pp. 539-586.

<sup>(64)</sup> Cfr., sul punto, M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., pp. 80-82; L. SENDEN, *Soft Law in European*

zata da un notevole tasso di gradualità e si colloca lungo un *continuum*, configurato dalle diverse possibili relazioni riguardanti la vigenza e la validità dei materiali giuridici, la loro effettività, la valenza che questi assumono nel processo di positivizzazione, la loro coerenza, il loro indice di ottemperanza. I gradi di normatività, dunque, sono differenti, sia nel peso sia nel valore, e ciò rinvia all'uso, all'applicabilità, all'accettazione e all'osservanza delle regole giuridiche <sup>(65)</sup>.

I materiali giuridici, così, presentano diversi piani di elaborazione e determinazione, che testimoniano il funzionamento « plurale », nonché « graduale », della positività <sup>(66)</sup>. Il diritto può essere più o meno positivo e si compone di fattori plurimi <sup>(67)</sup>, variamente dislocati ai livelli della sua produzione, integrazione, ricostruzione, applicazione.

L'ordinamento vive nel rapporto che lega i molteplici e diversamente vincolanti atti di normazione con le attività interpretative che da essi si sviluppano. *Soft law* e *hard law* convivono come plessi normativi spesso intrecciati nel processo di articolazione progressiva del materiale giuridico, contribuendo entrambi, in relazione ai concreti ambiti sociali e alle specificità regolative, alla prestazione volta ad orientare i comportamenti e a prendere decisioni.

La proliferazione e la frammentazione delle fonti impediscono

*Community Law*, Oxford, Hart, 2004, pp. 118-120, 122 e ss.; PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 109-112.

<sup>(65)</sup> Va richiamata, in proposito, la distinzione proposta da A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 318-321, tra *must-sources*, *should-sources* e *may-sources of law*. Si tratta di materiali normativi che l'interprete deve, dovrebbe, può fornire come ragioni autoritative a supporto di una decisione giuridica. Sui criteri vincolanti e permissivi di applicabilità, la cui differenza è graduale (o, meglio, sfumata) e dipendente dalle pratiche di riconoscimento e uso degli organi dell'applicazione, cfr. G. PINO, *Teoria analitica del diritto*. I. *La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016, pp. 148-152.

<sup>(66)</sup> La positività non è — scrive L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 31 — « un concetto *tutto o niente*: la positività si gradua ». Cfr. anche F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 99-100.

<sup>(67)</sup> Cfr. U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in « *Politica del diritto* », XXXVII (2006), pp. 364-365, 372, 380-381.

ogni lettura del fenomeno giuridico secondo schemi piramidali, gerarchici. Si sente l'esigenza di cambiare paradigma. Assume consistenza quello della « rete »<sup>(68)</sup>, che rinvia ad una realtà caratterizzata dalla interconnessione tra vari soggetti e posizioni, in un gioco di reciproci intrecci, condizionamenti e integrazioni<sup>(69)</sup>.

La rete consente di evidenziare nuove dinamiche di funzionamento delle organizzazioni giuridiche, caratterizzate da una condizione di relatività generalizzata. Lo Stato non è più la fonte esclusiva della sovranità, che, peraltro, si dispiega su vari livelli, in relazione ai poteri pubblici (infrastatali, statali e sovrastatali), e si redistribuisce anche tra poteri privati. I poteri interagiscono, le delegazioni del potere normativo si moltiplicano, si amplia il ruolo della giurisprudenza, emergono nuovi soggetti e nuovi « oggetti » giuridici. La positivizzazione giuridica risulta dall'attività di una pluralità di autori-interpreti intenti ad adattare i testi giuridici alla particolarità dei vari contesti applicativi<sup>(70)</sup>. La rete implica la presenza di una trama costituita da fili e da nodi, uniti tra di loro da legami, che assicurano interconnessioni. Si tratta di « strutture aperte », caratterizzate da intrecci di relazioni tra gli elementi, senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica via d'accesso. La coordinazione tra nodi si affianca ad una loro instabilità, dal momento che si determinano cambiamenti continui ed equilibri provvisori, che richiedono apprendimento permanente e aggiustamenti parziali.

La metafora della rete invita a spostare l'accento sul concetto di relazione. Il diritto appare come complesso di modalità relazionali e organizzative che *si fa* costantemente, nell'intreccio delle interdipendenze, attraverso flussi ermeneutici generati dagli attori connessi

---

(68) F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 43 e ss., 49 e ss.; I. HACHEZ, *Les sources du droit: de la pyramide au réseau et vice versa?*, in *Les sources du droit revisitées*. Vol. 4. *Théorie des sources du droit*, cit., pp. 51-100.

(69) Cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 29-30, 269-285.

(70) F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., pp. 32-37. Cfr., al riguardo, PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 38-40, 57-59, 66-73.

alla rete. I processi giuridici sono visti nell'ottica di un'interazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado e intensità. Il diritto, in quanto rete di flussi interpretativi e decisionali, richiede un'opera di tessitura tra i materiali giuridici <sup>(71)</sup>, capace di individuare le relazioni significative.

L'ordinamento, così, è il risultato, in divenire, di continue combinazioni e integrazioni normative. Il confronto tra plessi normativi mette in moto meccanismi in forza dei quali l'operatore si trova ad applicare la regola tratta da una o l'altra fonte considerata maggiormente idonea a soddisfare le esigenze avanzate dal caso. L'insieme delle fonti definisce un assetto complesso, caratterizzato in senso altamente plurale <sup>(72)</sup>. Si ha a che fare con un arcipelago <sup>(73)</sup> mobile di fonti in competizione tra loro; condizionato da percorsi di regolazione impressi da punti diversi; caratterizzato da grande fluidità, variabilità, instabilità <sup>(74)</sup>. Diventa centrale, allora, la questione dell'individuazione della fonte, che assume una essenziale dimensione interpretativa <sup>(75)</sup>.

Il diritto positivo è un'impresa di più soggetti, i quali, con la loro attività ermeneutica, ricostruttiva e ordinatrice, articolano il discorso delle fonti entro una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi e diversificati che — guardando soprattutto alla giurisdizione — vanno coordinati al fine di garantire una ricomposizione orientata a realizzare un'unità plurale <sup>(76)</sup>.

---

<sup>(71)</sup> VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 218, 302, 306.

<sup>(72)</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in « Sociologia del diritto », XXIV (1997), 1, pp. 5 e ss., 13.

<sup>(73)</sup> La metafora dell'arcipelago è utilizzata da G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

<sup>(74)</sup> G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in « Rivista di diritto privato », 3 (2003), pp. 461-477; BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, cit., pp. 372, 376, 380-381; ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 46, 48-50, 56-57.

<sup>(75)</sup> ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 58.

<sup>(76)</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 66-67. Sul ruolo dei principi (generali e fondamentali) nel recupero della dimensione unitaria dell'impresa giuridica e nella custodia del suo senso, nell'ottica dell'esplicitazione delle linee portanti e dei punti di coordinamento all'interno dell'ordinamento, v. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 44-49; G.

### 3. *Internormatività e multiculturalismo.*

La dimensione plurale della regolazione all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali assume una ulteriore peculiare fisionomia se si volge l'attenzione ad una serie di fenomeni riguardanti le odierne società multiculturali, caratterizzate dalla compresenza, in una stessa comunità politica, di identità che chiedono di essere riconosciute in ragione della loro specificità<sup>(77)</sup>. Si tratta di individui e gruppi di individui appartenenti a culture, tradizioni, etnie presenti, soprattutto nell'Europa occidentale, a seguito della decisa accelerazione dei flussi migratori avvenuta negli ultimi decenni.

Appare opportuno, a questo riguardo, far riferimento alla nozione di « pluralismo normativo »<sup>(78)</sup>, idonea a dar conto della complessità delle reti di norme, estranee al diritto statale, che entrano in relazione con le norme di diritto positivo, disciplinando autonomamente i rapporti interni alle comunità culturali, spesso al di fuori del controllo delle istituzioni dei Paesi di accoglienza. Tali norme costituiscono una componente essenziale della realtà degli individui, incidendo sulle loro azioni. Si tratta di norme, non riconducibili quanto alla loro origine agli ordinamenti giuridici nazionali, che orientano i comportamenti degli appartenenti a gruppi minoritari. Diventa utile, al riguardo, far ricorso alla nozione di « internormatività », che meglio consente di dar conto dei rapporti intercorrenti tra le norme giuridiche appartenenti ai sistemi nazionali e gli altri insiemi normativi, nonché della compresenza di differenti tipi di normatività che strutturano le condotte<sup>(79)</sup>.

Lo stabilizzarsi degli immigrati, il ricongiungimento familiare,

---

ZACCARIA, *Nuove fonti, nuove categorie per il « post-diritto »*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R.E. Kostoris, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 54-56.

(77) In argomento mi limito a rinviare a: J. HABERMAS, CH. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998; J. RAZ, *Multiculturalism*, in « Ratio Juris », 11 (1998), pp. 193-205; W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale* (1995), Bologna, il Mulino, 1999.

(78) A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 41 e ss., 44-49. Sulle differenze e sulle relazioni tra pluralismo giuridico e pluralismo normativo v. TWINING, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, cit., pp. 475 e ss., 482 e ss.

(79) J. CHEVALLIER, *L'internormativité*, in *Les sources du droit revisitées*. Vol 4. *Théorie des sources du droit*, cit., spec. pp. 690. 692-693, 700.

la costituzione di comunità in terra straniera alimentano la tendenza a riprodurre le istituzioni delle comunità di provenienza e a far uso di regole legate a pratiche tradizionali, di formazione consuetudinaria e/o religiosa, che peraltro subiscono cambiamenti e vengono adattate alle nuove situazioni locali.

La vita delle comunità di immigrati risulta regolata da un diritto che nasce da molteplici fonti, talché il quadro normativo all'interno del quale si muovono coloro che migrano risulta costituito da norme di diversa provenienza, non necessariamente riconosciute dagli ordinamenti statali e tuttavia dotate di efficacia<sup>(80)</sup>. In tal modo, il pluralismo che caratterizza le società multietniche europee presenta caratteri complessi, dovuti alla coesistenza di una molteplicità di norme, appartenenti a differenti ordinamenti in continua evoluzione, che ora si affiancano, ignorandosi, ora si pongono tra loro in rapporti di adattamento, di integrazione, di conflitto<sup>(81)</sup>. Il pluralismo giuridico, pertanto, può essere inteso come esistenza, in una certa società, di differenti insiemi normativi applicabili ad un'identica situazione<sup>(82)</sup>, o, in modo più preciso, come aspetto riconducibile alla condizione della persona che, nella propria esistenza quotidiana, è chiamata a confrontarsi, per regolare la propria condotta, con vari e spesso confliggenti ordini, sia giuridici sia non-giuridici, riguardanti i vari ambiti nei quali è inserita<sup>(83)</sup>. Tale pluralismo va considerato come compresenza di mondi normativi che gli individui abitano. Questi mondi sono costituiti da comunità, dotate di un'identità, che rappresentano la base indispensabile per la produzione di significati normativi e per la loro intelligibilità<sup>(84)</sup>.

Rileva, qui, una prospettiva incentrata sul soggetto e sulle

---

<sup>(80)</sup> FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., pp. 42-44.

<sup>(81)</sup> Ivi, p. 45.

<sup>(82)</sup> Così J. VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique: essai de synthèse*, in *Le pluralisme juridique*, sous la direction de J. Gilissen, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1971, p. 19.

<sup>(83)</sup> J. VANDERLINDEN, *Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later*, in «Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law», 28 (1989), pp. 153-154.

<sup>(84)</sup> Cfr., al riguardo, R. COVER, *Nomos and Narrative*, in «Harvard Law Review», 97 (1983), pp. 4-5, 13 (nota 36).

scelte da lui operate <sup>(85)</sup>. L'individuo, infatti, sceglie tra vari plessi normativi, tra loro eterogenei, utilizzandoli come risorsa a cui rivolgersi a seconda delle opportunità legate alle specifiche contingenze, optando tra norme, non sempre qualificabili come giuridiche, tipiche della società di provenienza, talvolta modificate rispetto alla loro configurazione originaria, e norme (non poche volte confliggenti) degli ordinamenti della società di accoglienza <sup>(86)</sup>.

Gli individui, così, spesso vivono tra due culture (quella d'origine e quella del luogo d'arrivo) e si confrontano con le norme dell'uno e dell'altro sistema, contemporaneamente vigenti e interagenti, che, a diversi livelli ma in competizione fra loro, hanno la pretesa di regolare i comportamenti. I soggetti, dunque, devono decidere se tenere un comportamento la cui valutazione è diversa a seconda del sistema normativo privilegiato.

Certamente, le norme statali impongono uno sforzo di adattamento da parte dello straniero in quegli ambiti (ordine pubblico, diritto penale) in cui hanno la prevalenza interessi e criteri valoriali superiori, in ragione del giudizio di inderogabilità posto in essere dallo Stato. Peculiare valenza assumono, dunque, quei casi in cui i comportamenti, giustificati sulla base delle norme riconducibili alle pratiche proprie delle singole etnie e culture, ricadono nella sfera di applicazione del diritto degli ordinamenti occidentali.

Un siffatto approccio trova una propria particolare salienza sul piano giudiziario. La giurisdizione, infatti, risulta coinvolta nella ricerca di accomodamenti tra il diritto vigente e le aspettative di matrice culturale degli immigrati e si trova ad operare, laddove sia possibile, una composizione dei repertori normativi, nella consapevolezza che essi vivono nell'esperienza quotidiana delle singole persone, caratterizzando le loro relazioni intersoggettive.

I giudici devono sempre più decidere controversie riguardanti rapporti giuridici istituiti sulla base di norme diverse da quelle del diritto nazionale. La questione investe, in primo luogo, gli Stati costituzionali dell'Europa occidentale, nei quali sono presenti indi-

---

<sup>(85)</sup> Sulla « prospettiva dell'attore » come idonea a individuare uno degli aspetti peculiari del pluralismo giuridico v. M. CHIBA, *Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World*, in « Ratio Juris », 11 (1998), pp. 238-239.

<sup>(86)</sup> FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., pp. 46-47.

vidui e comunità che rivendicano le loro differenze e che sono chiamati ad attivare processi di integrazione della vita sociale in un'unità comprendente le sue varie componenti, realizzando lo stare insieme tra diversi<sup>(87)</sup>. Appartiene ai compiti del giudice, d'altra parte, l'impegno, all'interno di un'area imparziale, finalizzato a trovare soluzioni conformi ai valori dell'eguale rispetto per tutte le persone coinvolte nella controversia e dell'eguale considerazione di tutti i punti di vista rappresentati. In questo modo può essere realizzata la garanzia di una coesistenza giuridicamente equiparata<sup>(88)</sup>.

Nelle organizzazioni giuridiche delle società multiculturali odierne il giudice deve districarsi tra una pluralità di fonti normative « altre » rispetto a quelle « ufficiali », di provenienza statale. Ciò rende particolarmente difficile la individuazione del diritto applicabile. La questione riguarda la rilevanza da attribuire ai *minority legal orders*<sup>(89)</sup> come corpo strutturato di norme in conformità ai quali vivono (o intendono vivere) gli individui appartenenti a gruppi culturali<sup>(90)</sup>. In questo caso, l'ordinamento giuridico statale può stabilire l'applicazione di un diverso sistema di norme a determinati soggetti *ratione materiae* e/o *ratione personae*<sup>(91)</sup>. E ciò può con-

---

(87) B. PASTORE, L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 21-23.

(88) Cfr. J. HABERMAS, *Replica al convegno della Cardozo Law School* (1996), in ID., *Solidarietà tra estranei. Interventi su « Fatti e norme »*, Milano, Guerini e Associati, 1997, pp. 29, 61-63.

(89) M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law*, London, The British Academy, 2012.

(90) W. TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 362, fa riferimento ad uno « *state legal pluralism* » come quella forma di pluralismo giuridico in cui il diritto statale riconosce le norme consuetudinarie e/o religiose proprie di un gruppo culturale. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, cit., p. 17, fa riferimento ad un pluralismo giuridico « *strong* » come condizione in cui ordinamenti diversi da quello statale sono vigenti a prescindere dal riconoscimento dello Stato.

(91) Entrano in gioco, a tal riguardo, le regole del diritto internazionale privato, vertenti sullo stato e sulla capacità delle persone, nonché sui rapporti di famiglia. In merito alle relazioni tra pluralismo giuridico e diritto internazionale privato v. D. BODEN, *Le pluralisme juridique en droit international privé*, in « Archives de philosophie du droit », 49 (2005), pp. 275-316.

durere ad una ripartizione nell'esercizio della giurisdizione <sup>(92)</sup>: da un lato, è lo Stato a esercitare la propria funzione giurisdizionale; dall'altro, intervengono gli organi giudiziari o para-giudiziari interni ad uno o a più gruppi culturali presenti sul suo territorio <sup>(93)</sup>.

Pertanto, non può essere tralasciato il fatto che, all'interno di una stessa società, possono operare ordinamenti di tipo diverso, che coesistono, interagiscono, competono, confliggono con l'ordinamento statale, a prescindere dal riconoscimento che quest'ultimo fa della loro esistenza e della loro legittimità. Rimane aperto, in proposito, il tema della ridefinizione del concetto di diritto <sup>(94)</sup>, tale da consentire la qualificazione « giuridica » delle norme a cui si conformano i membri di determinate minoranze culturali. In discussione, qui, è la prospettiva volta ad assumere l'ordinamento statale come modello e termine di paragone per stabilire i parametri di « giuridicità » di insiemi normativi differenti nella direzione del superamento dell'« etnocentrismo » <sup>(95)</sup>. La teoria del diritto, così, si trova a confrontarsi con l'antropologia e con il contributo che essa può dare per adeguare la visione del diritto assunta dai giuristi <sup>(96)</sup>. Lo stesso diritto statale, allora, va ripensato qualora entri in contatto con le diverse culture « giuridiche » delle minoranze presenti sul

---

<sup>(92)</sup> Sul punto si rinvia a A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, cap. 4.

<sup>(93)</sup> È da notare che tali forme di pluralismo giudiziario sono diffuse in diversi Stati africani e asiatici che sono stati colonie di Stati europei, ma anche negli odierni Stati multietnici o multireligiosi. Cfr. al riguardo P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 183-184. Si veda, in relazione all'esperienza delle corti islamiche in Inghilterra, EAD., *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari'ah councils in Inghilterra*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 93-113, 115 e ss.

<sup>(94)</sup> SCOTT, *Regolazione gerarchica, pluralismo giuridico e rule of law*, cit., pp. 104-106; TWINING, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, cit., pp. 476, 479 e ss., 482-485.

<sup>(95)</sup> TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, cit., pp. xi, 363.

<sup>(96)</sup> Cfr. VON BENDA BECKMANN, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, cit., pp. 40 e ss., 43 e ss.; R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 21-26; PAROLARI, *Culture, diritto, diritti*, cit., pp. 229-230.

territorio dello Stato<sup>(97)</sup>. È, infatti, la presenza di una pluralità di fonti, di diversa natura e origine, che contribuisce a mettere in discussione sia la tradizionale teoria dei rapporti tra ordinamenti sia la stessa nozione di ordinamento giuridico, inteso come insieme di disposizioni e di norme caratterizzato da autonomia ed esclusività<sup>(98)</sup>.

Peraltro, va evidenziato che attribuire carattere giuridico alle norme che regolano la vita delle minoranze culturali non implica la loro prevalenza e la loro applicazione sempre e comunque. Anche le norme appartenenti ai *minority legal orders* devono essere valutate, primariamente in sede giudiziale, per individuarne la compatibilità con la tutela dei diritti fondamentali enunciati a livello nazionale, sovranazionale e internazionale e caratterizzanti gli Stati costituzionali in quanto criteri della loro legittimazione<sup>(99)</sup>.

Il fatto del pluralismo culturale implica un'attenzione peculiare agli spazi sovrapposti, mescolati, concorrenti, caratterizzati dall'internormatività, alla ricerca della compatibilità e dell'adattamento delle varie fonti (provenienti da diversi ordini, ufficiali e non) applicabili ai casi concreti. All'interpretazione giudiziale, in primo luogo, spetta il compito di mettere ordine in questa situazione complessa.

#### 4. *La dimensione pluri-ordinamentale del diritto globale.*

La pluralità delle fonti all'interno di un ordinamento non può essere separata dalla pluralità degli ordinamenti che concorrono a formare il fenomeno giuridico nel mondo contemporaneo<sup>(100)</sup>. È da rimarcare, a tal proposito, la molteplicità dei livelli normativi in cui

---

(97) P. SHAH, *Legal Pluralism in Conflict: Coping with Cultural Diversity in Law*, London, Glass House, 2005, p. 7.

(98) PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, cit., pp. 69 e ss., 74-85.

(99) SHAH, *Legal Pluralism in Conflict: Coping with Cultural Diversity in Law*, cit., p. 16; PASTORE, LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit., pp. 11-14, 33, 49; PAROLARI, *Culture, diritto, diritti*, cit., pp. 140 e ss., 231.

(100) Così A PIZZORUSSO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, cit., p. 118.

si muovono attori collocati « al di fuori » dello Stato nazionale. L'Unione europea ne è un esempio calzante.

Il modello pluralistico trova nell'ordinamento europeo-comunitario un'importante manifestazione. Si tratta — come è ben noto — di un diritto a carattere sovranazionale, autonomo, avente proprie istituzioni e proprie fonti, per molti versi direttamente applicabili entro gli ordinamenti degli Stati membri senza alcuna interposizione di atti normativi interni, e che assume un primato (quasi incondizionato) rispetto al diritto nazionale<sup>(101)</sup>. Siamo in presenza di una dinamica nella quale il pluralismo rinvia ad un reciproco riconoscimento di autorità e di legittimazione e a diversi livelli di aggregazione con competenze che si sovrappongono<sup>(102)</sup>. Ordini giuridici tra loro distinti coesistono. Possiamo parlare di un « pluralismo costituzionale »<sup>(103)</sup> come criterio di apertura alle norme di distinti ordinamenti e come moltiplicazione e differenziazione delle fonti<sup>(104)</sup> negli intrecci tra sistemi ed ambiti normativi, autonomi ma al contempo dipendenti. In questo ambiente i conflitti trovano soluzione in maniera diversa a seconda che ci si ponga nella prospettiva dell'ordinamento europeo o degli ordinamenti nazio-

---

<sup>(101)</sup> Sul ruolo della Corte di giustizia della Comunità europea (ora dell'Unione europea) nell'affermare l'autonomia dell'ordinamento euro-comunitario, il principio dell'effetto diretto e quello della primazia di tale ordinamento v. M. LA TORRE, *Autunno della sovranità. Comunità europea e pluralismo giuridico*, in « Ragion pratica », 12 (1999), pp. 193-204. Il diritto euro-comunitario è dunque, in gran misura, un diritto giurisprudenziale. Cfr. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 50 e ss.

<sup>(102)</sup> A.-J. ARNAUD, *Legal Pluralism and the Building of Europe*, in *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, cit., pp. 149 e ss., 152 e ss.; LA TORRE, *Autunno della sovranità*, cit., pp. 205-206.

<sup>(103)</sup> N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel « commonwealth » europeo* (1999), Bologna, il Mulino, 2003, pp. 204-209; K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

<sup>(104)</sup> N.W. BARBER, *Legal Pluralism and the European Union*, in « European Law Journal », 12 (2006), pp. 306-329; S. BESSON, *European Human Rights Pluralism: Notion and Justification*, in *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, edited by M. Maduro, K. Tuori and S. Sankari, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 174-180, 200-205; V. PETEV, *Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs*, in « Archives de philosophie du droit », 49 (2005), pp. 16-19.

nali <sup>(105)</sup>. L'idea di fondo è che il conflitto sia un dato fisiologico in un contesto che conosce alcune premesse comuni e sulla cui base sono proposte diverse interpretazioni che scaturiscono dalla necessità di dare attuazione a valori e principi ritenuti condivisi <sup>(106)</sup>.

Il pluralismo costituzionale, dunque, rappresenta un modello nel quale la varietà delle fonti e delle giurisdizioni è ricondotto, in ultima istanza, ad una comune cornice di principi e di valori, senza per questo stabilire rigidi criteri gerarchici <sup>(107)</sup>. La comunicazione tra corti nazionali e Corti di giustizia diventa, qui, una tecnica funzionale a questo nuovo ambiente giuridico, implicante l'impegno a coordinare e integrare i rispettivi ordinamenti, nella direzione dello sviluppo ordinato del diritto euro-unitario.

L'Unione europea, invero, è solo uno degli attori presenti nello scenario giuridico odierno, che ha assunto una connotazione *globale* <sup>(108)</sup> e che segna un profondo mutamento di quella che è stata definita la « cultura dei confini e delle distinzioni » <sup>(109)</sup>.

Il diritto globale presenta una varietà di regolazioni, provenienti da fonti e da regimi giuridici, dotati di differente e autonoma forza normativa, tendenti a collocarsi lungo assi diversi, che possono incrociarsi, comunicare <sup>(110)</sup>, sovrapporsi, oppure procedere indipendentemente l'uno dall'altro, in un percorso segnato dalla fram-

<sup>(105)</sup> ZAHLE, *The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics*, cit., pp. 185-188; E. CANNIZZARO, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, in « Quaderni fiorentini », 31 (2002), p. 248; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in « Diritto pubblico comparato ed europeo », 3 (2018), pp. 784-786, 799-801.

<sup>(106)</sup> MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico*, cit., p. 789.

<sup>(107)</sup> N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in « The Modern Law Review », 65 (2002), p. 337; DE VANNA, *Dalla pluralità delle fonti al rapporto tra ordinamenti*, cit., pp. 135-136; MACCORMICK, *La sovranità in discussione*, cit., p. 237.

<sup>(108)</sup> S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

<sup>(109)</sup> M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, Giuffrè, 2011, p. 549. Cfr. altresì H. LINDAHL, *Linee di frattura della globalizzazione. Ordinamento giuridico e politica dell'a-legalità* (2013), Milano-Udine, Mimesis, 2017, pp. 16 e ss., 97 e ss., 393 e ss.

<sup>(110)</sup> Cfr. G. TEUBNER, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in « Cardozo Law Review », 13 (1992), p. 1451, che definisce il pluralismo giuridico come

mentazione e dalla dispersione <sup>(111)</sup>. Le forme della produzione giuridica si spostano dai tradizionali centri del diritto, istituzionalizzati negli Stati-nazione, verso altre sedi. I regimi globali creano un diritto che fa a meno dello Stato, soddisfacendo un fabbisogno normativo che trova risposta entro altre sfere <sup>(112)</sup>. Si ha a che fare con un fenomeno multidimensionale, che coinvolge vari ambiti di attività e di relazioni, indipendenti, ognuno dei quali sviluppa una propria dinamica intrinseca come area funzionale autonoma <sup>(113)</sup>, con il trasferimento a sedi sovra-statali ed extra-statali di funzioni e competenze (in materia economica, finanziaria, politica, amministrativa) tipicamente svolte, fino a qualche tempo fa, dallo Stato nazionale. La sovranità, fondata sulla territorialità dell'ordinamento statale, fonte unitaria di potere, è travolta da un massiccio depotenziamento <sup>(114)</sup>. Le azioni a distanza prodotte, con un'intensità vieppiù crescente, dall'estendersi e dall'approfondirsi di rapporti oltre i confini degli Stati richiedono dimensioni di attività (tecnologiche, organizzative, giuridiche) che intensificano le interdipendenze globali. La globalizzazione giuridica sussiste in modo frammentato, essendo il risultato di una società mondiale decentrata, costituita da sfere parziali, che, spesso tra loro in competizione, interagiscono attraverso connessioni intricate, e dalla compresenza di attori sociali diversi, istituzionali e non, pubblici e privati, che intrattengono rapporti in condizioni di interdipendenza materiale. Ne consegue

---

« una molteplicità di diversi processi comunicativi che osservano l'azione sociale sotto il codice binario legale/illegale ».

<sup>(111)</sup> FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, cit., p. 557; K. GÜNTHER, *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, Torino, Trauben, 2010, pp. 83-86; LINDAHL, *Linee di frattura della globalizzazione*, cit., pp. 36, 115 e ss., 119 e ss., 403.

<sup>(112)</sup> G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005, pp. 57-62; G. TEUBNER, A. FISCHER-LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, ivi, pp. 150-152.

<sup>(113)</sup> G. TEUBNER, *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., p. 118.

<sup>(114)</sup> A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 34, 83, 147, 150; ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 50-51.

una de-formalizzazione del diritto <sup>(115)</sup>. Le tradizionali coordinate formali del diritto si riconfigurano entro un percorso aperto che si compone di svariati momenti e risulta attraversato da una moltitudine di agenzie e istituzioni, di natura transnazionale, nazionale e talvolta anche sub-nazionale. Si è in presenza di un pluralismo degli ordinamenti e di una rete complessa di istituzioni, enti, sistemi, articolata su più livelli.

Il numero dei soggetti presenti sulla scena mondiale si amplia. Si tratta di soggetti pubblici (Stati, federazioni di Stati, organizzazioni internazionali), ma anche privati (le *corporations*, le *transnational nongovernmental organizations*) e « misti », che concorrono a configurare una situazione di significativi cambiamenti nel panorama giuridico <sup>(116)</sup>. Aumentano, così, le questioni che si sottraggono alla disciplina tendenzialmente monopolistica degli ordinamenti statali e che trovano soluzione nell'ambito di un diritto che non è più quello di una società di Stati, ma piuttosto di un insieme variamente strutturato di cui gli Stati sono soltanto una delle componenti, che, peraltro, non può non aprirsi agli altri ordinamenti che convivono nello spazio globale <sup>(117)</sup>.

La giuridicità si rivela sempre più dipendente da soggetti, portatori di interessi settoriali, che originano prassi e regimi (riguardanti una serie di ambiti che vanno — per limitarsi solo ad alcuni — dal controllo dei processi economici e commerciali alla protezione dell'ambiente, dall'energia alla regolazione dei sistemi finanziari, dal lavoro alla sicurezza alimentare, da internet alla tutela dei diritti umani) di per sé non ricomponibili secondo logiche unitarie. Le norme appartengono a ordini giuridici diversi e sono di portata

---

<sup>(115)</sup> In argomento v. M. KOSKENNIEMI, *Il destino del diritto internazionale pubblico: fra tecnica e politica*, in « *Ars Interpretandi* », XIII (2008), pp. 43-48; *Informal International Lawmaking*, edited by J. Pauwelyn, R. Wessel, J. Wouters, Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>(116)</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 101-158; CASSESE, *Il diritto globale*, cit., pp. 5-6, 19-21, 132.

<sup>(117)</sup> S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 172.

eterogenea <sup>(118)</sup>. Plurali sono i soggetti produttori, come plurali sono le fonti del diritto, ed emerge il ruolo diffuso di coloro che usano il diritto per raggiungere i propri obiettivi. Si tratta di un diritto, inteso come intreccio di decisioni e norme, di comportamenti e dispositivi normativi, all'interno del quale rientra il complesso di azioni e di scelte di attori che quotidianamente costruiscono, riconoscono, utilizzano regole <sup>(119)</sup>.

La moltiplicazione e la diversificazione dei soggetti che producono regole fa evaporare la distinzione pubblico/privato <sup>(120)</sup>. Il diritto degli ordini giuridici dello spazio globale si mescola con quello statale <sup>(121)</sup>. Corpi legislativi, corti ed altri poteri pubblici, organizzazioni internazionali, grandi imprese, organizzazioni non-governative, gruppi professionali « esperti », individui e gruppi di individui possono essere coinvolti a vario titolo nel processo di creazione di norme. Possono essere autori, co-autori, o partecipare in molteplici modi alla elaborazione o alla ridefinizione di regole <sup>(122)</sup>. Tali regole sono adottate da utenti di vario tipo e possono essere oggetto di scelta <sup>(123)</sup>. La scelta riguarda anche il foro ritenuto più conveniente a risolvere le controversie (*forum shopping*). Si è in presenza, così, di un « mercato delle regole » nel quale gli ordina-

<sup>(118)</sup> Cfr. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., pp. 101-102; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, p. 90.

<sup>(119)</sup> CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 39, 43.

<sup>(120)</sup> Cfr. H.-W. MICKLITZ, *Rethinking the Public/Private Divide*, in *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, cit., pp. 271-306. Sul primato del contratto come rilevante modalità giuridica del mondo globale, e come strumento cui accedono sempre più non solo i soggetti privati ma anche i soggetti pubblici, v. M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 146-150.

<sup>(121)</sup> Cfr. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, cit., p. 561; S. CASSESE, "Una furiosa espansione della legge"? Spazio giuridico globale e rule of law, in « Rivista di filosofia del diritto », III (2014), 1, p. 112.

<sup>(122)</sup> FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, cit., pp. 559-561.

<sup>(123)</sup> Ivi, p. 563. Cfr. M. GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004; F. CASUCCI, *Il diritto 'plurale'. Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004; nonché i volumi collettanei *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini, Roma-Bari, Laterza, 2004, e *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, a cura di A. Plaia, Milano, Giuffrè, 2007.

menti entrano in concorrenza e dove, nell'ottica dell'efficienza, prevalgono le norme meglio capaci di rispondere alle esigenze dei fruitori, perché ritenute favorevoli e in sintonia con le finalità e gli interessi che si intendono perseguire.

Questo *puzzle* composto da tessere diverse, questo quadro composito <sup>(124)</sup>, è il risultato della « pluralità politipica » degli ordinamenti, aventi, ognuno, una propria predeterminazione di soggetti, una propria produzione normativa, una propria organizzazione <sup>(125)</sup>. È possibile, allora, parlare di un « pluralismo giuridico globale » <sup>(126)</sup>, espressione di un profondo ripensamento delle tradizionali categorie teoriche utilizzate per dar conto dei rapporti interordinamentali <sup>(127)</sup> e del loro operare in campi transnazionali e a differenti livelli <sup>(128)</sup>, nonché delle variegate e frammentate istanze produttrici di diritto.

Lo spazio globale è strutturalmente pluralista. Si basa sull'esistenza di disparati centri normativi, regimi, ordinamenti, non riducibili a quelli statali e a quello internazionale, indipendenti, ciascuno dei quali identifica i materiali giuridici validi e applicabili alla luce delle proprie regole di riconoscimento. Tali centri normativi, però, risultano tra loro variamente interconnessi <sup>(129)</sup>. Si tratta di sistemi parziali che si pongono in un rapporto che è, insieme, di autonomia e di reciproca, benché instabile, interazione.

<sup>(124)</sup> FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, cit., pp. 564-565.

<sup>(125)</sup> MODUGNO, *Legge — ordinamento giuridico — pluralità degli ordinamenti*, cit., pp. 198-200, 212, 226, 230, 236.

<sup>(126)</sup> Cfr. P. SCHIFF BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. Per un'esauriente panoramica su tale fenomeno si rinvia ai contributi pubblicati in *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, edited by P. Schiff Berman, Oxford, Oxford University Press, 2020.

<sup>(127)</sup> Per una sintetica ed efficace ricostruzione dei modi di intendere le relazioni tra ordinamento nazionale e ordinamento internazionale, riconducibili alla tesi monistica (nella sua connotazione statalistica o in quella internazionalistica, elaborata da Kelsen) e alla tesi dualistica, v. LA TORRE, *Autunno della sovranità*, cit., pp. 189-193. Cfr. anche R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 375-385.

<sup>(128)</sup> GÜNTHER, *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, cit., pp. 8, 85, 97.

<sup>(129)</sup> G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in « Diritto & questioni pubbliche » XVIII (2018), 2, pp. 327, 331.

### 5. *Pluralismo giudiziario transnazionale.*

La frammentazione, con la fluidità, la variabilità e l'instabilità che ad essa si legano, rappresenta la cifra caratteristica del variegato insieme normativo, mancante di gerarchie, di competenze centralizzate, di principi unificanti, tipico della società globale <sup>(130)</sup>.

In questo contesto, dove coesistono sistemi di regolazione, aventi ognuno i propri momenti decisionali e operanti secondo relazioni diversificate, nascono e si sviluppano organi di risoluzione delle dispute, corti arbitrali, corpi di mediazione, che si affiancano o si sostituiscono alle corti nazionali, sovranazionali e internazionali ufficiali.

La diffusione di organismi giudiziari e para-giudiziari concorre a delineare il complesso paesaggio globale <sup>(131)</sup>. La loro competenza riguarda le controversie di natura economica, quelle relative agli accordi e ai contratti (pubblici, privati e misti pubblici-privati), quelle che insorgono nell'applicazione dei trattati istitutivi e delle norme delle organizzazioni internazionali e transnazionali <sup>(132)</sup>. Tali organismi, condividendo una serie di principi che strutturano la funzione giudiziaria (terzietà e indipendenza del decisore, rispetto della domanda, partecipazione al procedimento di *adjudication*, contraddittorio, motivazione delle decisioni), mostrano una propensione a configurarsi come antenne sensibili delle normatività che si

<sup>(130)</sup> M. DELMAS-MARTY, *La grande complessità giuridica del mondo*, in « *Ars interpretandi* », 9 (2004), pp. 197-198, 201; KOSKENNIEMI, *Il destino del diritto internazionale pubblico: fra tecnica e politica*, cit., pp. 36-43, 60-61.

<sup>(131)</sup> Cfr. R.O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.-M. SLAUGHTER, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, in « *International Organization* », 54 (2000), pp. 457 e ss., 462 e ss., 468 e ss.; A.-M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in « *Virginia Journal of International Law* », 40 (2000), pp. 1112-1113; FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, cit., pp. 567-568; R. HIGGINS, *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, in « *International and Comparative Law Quarterly* », 55 (2006), pp. 791-804; T. TREVES, *Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective*, in « *Comunicazioni e studi* », 23 (2007), pp. 823-832; PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 123-125, 158-161. Si veda anche il numero monografico del « *New York University Journal of International Law and Politics* », 31 (1999), pp. 679-933 (*Symposium Issue — The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle*).

<sup>(132)</sup> Cfr. CASSESE, *Il diritto globale*, cit., pp. 81-83; FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, cit., p. 567.

sviluppano in un paesaggio policentrico e decentrato, ma anche come protagonisti, pur in un quadro altamente destrutturato, di un processo orientato a dare soluzione a problemi di coordinazione riguardanti la convivenza tra regimi regolatori.

Le istituzioni giudiziarie e para-giudiziarie, per la loro attitudine a funzionare come elementi di raccordo tra casi particolari e istanze generali, tra dimensioni settoriali e ambito complessivo, e a operare in modo incrementale, sì da rendere i loro interventi adattabili e correggibili, si candidano ad essere momenti centrali nelle dinamiche della società globale, rispondendo alle variegata esigenze di un contesto multiforme<sup>(133)</sup>. Nel contempo, svolgono un ruolo rilevante nel determinare forme di legittimità ed equità<sup>(134)</sup>. Il diritto giudiziario, da questo punto di vista, può essere considerato un « microcosmo di *governance* »<sup>(135)</sup> e svolge una importante funzione di « istituzionalizzazione del conflitto », orientandolo verso meccanismi che permettono di superare una conflittualità che, altrimenti, rimarrebbe irrisolta<sup>(136)</sup>.

Il pluralismo giudiziario<sup>(137)</sup> è una conseguenza della dimensione pluri-ordinamentale tipica dello spazio globale. Si è parlato, a

<sup>(133)</sup> CASSESE, *Il diritto globale*, cit., pp. 150-151; Sul successo del formante giudiziario nel mondo globale e sulla sua presenza diffusa v. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit., pp. 150-155.

<sup>(134)</sup> T.M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 7, 316-319; K.W. ABBOTT, R.O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.-M. SLAUGHTER, D. SNIDAL, *The Concept of Legalization*, in « International Organization », 54 (2000), pp. 401 e ss., 415-418.

<sup>(135)</sup> Cfr. A. STONE SWEET, *Judicialization and the Construction of Governance*, in *On Law, Politics and Judicialization*, edited by M. Shapiro, A. Stone Sweet, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 55. V., sul punto, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 150-151; M.R. FERRARESE, *Un diritto al plurale o al singolare? Tendenze e paradossi dell'età globale*, in « Sociologia del diritto », XXXI (2004), 2, p. 60.

<sup>(136)</sup> FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit., p. 154.

<sup>(137)</sup> ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., pp. 427-431; MORET-BAILLY, *Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques*, cit., p. 204; D. TERRÉ, *Le pluralisme et le droit*, in « Archives de philosophie du droit », 49 (2005), p. 82; BESSON, *European Human Rights Pluralism*, cit., p. 179.

questo proposito, di « emergente giurisprudenza globale »<sup>(138)</sup>, di « mondializzazione della giustizia »<sup>(139)</sup>, di « ubiquità giudiziaria »<sup>(140)</sup>. La proliferazione delle corti, in ambito sovranazionale, internazionale, transnazionale, innova il panorama e configura una dimensione assente nel passato. Si assiste all'allentamento del rapporto tra giurisdizione, sovranità e territorio, posto che le parti, l'oggetto della controversia, il diritto applicabile non sono più necessariamente nazionali<sup>(141)</sup>. Tali corti hanno caratteri, scopi, composizioni, competenze specifici e diversi. Sono tra loro variamente collegate in una sorta di « comunicazione trans-giudiziale » che procede attraverso convergenze, intese, ma anche attraverso divergenze, dissensi, competizioni, conflitti<sup>(142)</sup>. Si richiamano ad un repertorio accumulato di argomenti, concetti, principi, soluzioni, che è il risultato di un *know-how* professionale. Utilizzano la comparazione come nuova « fonte » giuridica a cui poter attingere orientamenti e materiali per le decisioni e come spunto per nuove messe a punto metodologiche<sup>(143)</sup>. Rendono in tal modo evidente che il diritto, anche in contesti di interdipendenza planetaria, si caratterizza essenzialmente come *problem-solving enterprise*<sup>(144)</sup>, realizzando un'articolazione pubblica di regole che trovano riconoscimento da parte degli attori presenti nella scena globale, all'interno di pratiche normative finalizzate a risolvere problemi di coordinazione<sup>(145)</sup>.

---

<sup>(138)</sup> A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2004, pp. 78-79.

<sup>(139)</sup> J. ALLARD, A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto* (2005), Macerata, Liberilibri, 2006, pp. 26-28.

<sup>(140)</sup> M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 117-124.

<sup>(141)</sup> M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 110-111; P. SCHIFF BERMAN, *The Globalization of Jurisdiction*, in « University of Pennsylvania Law Review », 151 (2002), pp. 319-325, 329 e ss.

<sup>(142)</sup> FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., pp. 121-124.

<sup>(143)</sup> M.R. FERRARESE, *Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze*, in « Rivista critica del diritto privato », XXXI (2013), p. 389.

<sup>(144)</sup> J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in « Harvard Law Review », 119 (2005), pp. 132-134, 138-139, 146.

<sup>(145)</sup> G.J. POSTEMA, *La consuetudine nel diritto internazionale. Il resoconto di una pratica normativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 20, 26-32.

Queste giurisdizioni tendono ad assumere un ruolo importante nella strutturazione dei rapporti tra regimi regolatori globali, che non sottostanno ad alcuna gerarchia, ma hanno bisogno di coordinamento, almeno sotto forma di un *corpus* di principi condivisi<sup>(146)</sup>. L'interazione delle giurisdizioni può essere considerata un modo per creare un tessuto connettivo comune, capace di superare la frammentazione degli ordini giuridici settoriali, nella prospettiva dell'armonizzazione, della coerentizzazione, della ricomposizione unitaria<sup>(147)</sup>. Un siffatto compito richiede la ricerca di regole di coesistenza, di *linkages*, di 'passerelle'. Entrano in gioco, qui, i criteri con i quali i giudici stabiliscono raccordi tra ordini giuridici in assenza di norme, formalmente stabilite, che regolino i loro rapporti reciproci<sup>(148)</sup>.

#### 6. *Per un pluralismo ordinato.*

Il pluralismo giuridico, nelle sue svariate manifestazioni, riflette la complessità del mondo in cui viviamo. Molteplici sono le fonti, i soggetti, gli ordinamenti, i regimi regolatori, le istituzioni giudiziarie o para-giudiziarie che lo abitano. Il diritto contemporaneo, dunque, non è espressione di un fluire uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma è il prodotto di interrelazioni tra diversi tipi di autorità o pretese di autorità, situate in differenti ambiti e in differenti processi all'interno e all'esterno dello Stato<sup>(149)</sup>.

In questo scenario vari ordini giuridici, né totalmente separati

---

<sup>(146)</sup> CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., pp. 4-7, 13.

<sup>(147)</sup> Sul tema cfr. DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism*, cit., pp. 15-18, 39-46, 54, 56, 99-102; SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., pp. 65-103; CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., pp. 41-44, 70-71, 90 e ss. L'aspirazione all'unità normativa del diritto globale è esclusa da TEUBNER, FISCHER-LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, cit., pp. 144, 189-190, che, invece, ritengono possibile solo una compatibilità normativa debole tra i vari settori della scena mondiale. La frammentazione giuridica è il riflesso di una più fondamentale e multidimensionale frammentazione dell'intera società globale e « non può essere combattuta in se stessa », essendo espressione di conflitti tra elementi che collidono.

<sup>(148)</sup> Per una rassegna di tali criteri si rinvia a CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., pp. 10-11, 46 e ss.

<sup>(149)</sup> WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, cit., p. 340; VIOLA, *Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, cit., p. 106.

né totalmente collegati l'uno all'altro, concorrono nella regolazione dello stesso corso di azione o di insiemi di azioni aventi lo stesso oggetto<sup>(150)</sup>. Si ha a che fare con competenze, in linea di principio non esclusive, che danno luogo a sovrapposizioni, nonché a intrecci, tra regole che seguono direzioni eterogenee<sup>(151)</sup>.

Ciò, sicuramente, produce frammentazione, indeterminatezza, incoerenza, instabilità<sup>(152)</sup>. Ma, nel gioco delle interazioni, di fronte alla « grande complessità giuridica del mondo » che il paradigma pluralista segnala, l'esigenza di un « pluralismo ordinato »<sup>(153)</sup> diventa saliente, benché essa sia ancora insoddisfatta<sup>(154)</sup>.

Il pluralismo ordinato sottintende la rinuncia all'opposizione binaria tra assimilazioni e armonizzazioni standardizzate e prende in considerazione il processo interattivo come elemento essenziale per riflettere su una realtà ibrida in costante movimento<sup>(155)</sup>. Il pluralismo non comporta assorbimenti, colonizzazioni, appropriazioni, conversioni sotto un unico universo normativo, ma registra la specifica valenza dei plessi e dei regimi regolatori, insieme al loro orientarsi nella partecipazione ad un contesto comune<sup>(156)</sup> e nella ricerca di criteri ordinanti di collegamento<sup>(157)</sup>.

Il pluralismo giuridico è legato al pluralismo sociale. Ordinare la società, nella pluralità di valori, interessi, bisogni, esigenze, aspettative che la caratterizzano, è l'essenza del diritto<sup>(158)</sup>. La dimen-

<sup>(150)</sup> Ivi, p. 101.

<sup>(151)</sup> DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism*, cit., pp. 8 e ss., 12, 17 e ss., 36-37.

<sup>(152)</sup> Ivi, pp. 13-16, 117.

<sup>(153)</sup> Ivi, pp. 16-17.

<sup>(154)</sup> F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, in « Persona y Derecho », 79 (2018), 2, p. 31.

<sup>(155)</sup> DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism*, cit., pp. 17-18, 60, 67; SCHIFF BERMAN, *Global Legal Pluralism*, cit., pp. 10, 12, 14. K. TUORI, *Transnational Law: On Legal Hybrids and Legal Perspectivism*, in *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, cit., p. 41, contrappone la logica *either/or* del pluralismo giuridico « radicale » alla logica *both/and* propria dell'interlegalità. Ma, nella prospettiva pluralistica, insiemi normativi, istituzioni, pratiche si configurano come interrelate in un'ottica ordinante.

<sup>(156)</sup> PALOMBELLA, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, cit., p. 328.

<sup>(157)</sup> S. MAZZAMUTO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e diritto civile*, in « Rivista critica del diritto privato », XXXVI (2018), pp. 123, 128.

<sup>(158)</sup> GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 18-20, 30.

sione giuridica assume un carattere polifonico. Diventa decisiva, guardando ai profondi mutamenti che investono questa modalità dell'esistenza, la nozione di « spazio giuridico »<sup>(159)</sup>. Il pluralismo giuridico, in questa prospettiva, designa il fatto che, entro lo stesso ambito sociale o in una stessa situazione, operano norme di diversa provenienza, appartenenti a ordini che risultano, insieme, concorrenti e collegati<sup>(160)</sup>. Ciò implica che ogni ordine riconosca come legittima la pretesa di giuridicità degli altri ordini<sup>(161)</sup>.

La sfida del pluralismo consiste nel garantire tali dinamiche in un'ottica non egemonica, né gerarchica, basata sull'equilibrio e sulla comunicazione tra diversità. Qui vengono in evidenza le funzioni dell'approccio pluralistico, che attengono, per un verso, al riconoscimento della giuridicità immanente in repertori e ordinamenti differenziati, aprendo le porte all'assunzione di un punto di vista propriamente giuridico e ricostruendone le relazioni; dall'altro, al dar conto dell'esistenza di complessi normativi organizzati e operanti secondo regole proprie<sup>(162)</sup>, ma disposti, in un ambiente privo di gerarchie, a porre in essere forme di coordinazione, grazie soprattutto all'impegno degli interpreti.

Le trasformazioni riguardanti il diritto contemporaneo ristrutturano lo scenario configurandolo come spazio contrassegnato da insiemi policentrici, nel quale si collocano percorsi che talvolta si incrociano, altre volte procedono accostati, altre volte ancora si divaricano, in una dinamica interattiva. Riflettere su questa realtà variegata richiede una lente teorica — che il modello pluralistico fornisce — per osservarla, per esplorarla, per comprenderla.

---

<sup>(159)</sup> VIOLA, *Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, cit., pp. 108-109.

<sup>(160)</sup> VIOLA, *Il futuro del diritto*, cit., pp. 23-24. Ciascun regime — scrive KOSKENNIEMI, *Il destino del diritto internazionale pubblico: fra tecnica e politica*, cit., p. 63 — « è sempre già connesso con tutto ciò che lo circonda ».

<sup>(161)</sup> OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., pp. 185-187.

<sup>(162)</sup> MODUGNO, *Legge — ordinamento giuridico — pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 236.



per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno

**50**

T.II

**2021**

**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); 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](http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/indici.htm)

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**50**  
(2021)

**Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze**

**TOMO II**

ISBN 9788828832218

ISSN 0392-1867

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2021  
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - [www.giuffrefrancislefebvre.it](http://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

*Esercizio della sovranità  
ed esperienze di pluralismo*



MARCO MERIGGI

IMPERO CON STATO/STATO CON IMPERO.  
ACCENTRAMENTO E PLURALISMO NELL'IMPERO  
ASBURGICO TRA SETTE E OTTOCENTO

1. Un antico regime più antico degli altri: l'Ungheria di Montesquieu. — 2. Il sacro romano impero visto da Edmund Burke. — 3. Federazione *versus* accentrimento. Il policentrismo come virtù. — 4. La *fastidiosa varietas legum* e le tendenze all'uniformazione. Da Maria Teresa a Leopoldo II. — 5. Dal sacro romano impero all'impero d'Austria. — 6. Le ambiguità della restaurazione: il farsi stato dell'impero. — 7. La farsa delle carrozze e le diete di cartapesta. — 8. Pluralismo cetuale e pluralismo nazionale. Dal '48 alla fine dell'impero.

1. *Un antico regime più antico degli altri: l'Ungheria di Montesquieu.*

Scrive Pieter Judson, in quella che si presenta attualmente come la sintesi di largo respiro più innovativa sulla storia dell'impero asburgico, che nel Settecento la difficoltà di integrare in una struttura istituzionale unitaria i territori posti sotto la sovranità di casa d'Austria era in fondo analoga a quella incontrata all'epoca da altre monarchie del continente:

Lo stato asburgico risultava simile alle sue controparti europee più di quanto non differisse da esse [...]. Nessuno stato europeo poteva essere considerato un'unità centralizzata, unificata, compatta negli anni '70 del '700. Gran parte degli stati governavano infatti su popolazioni caratterizzate dalla loro considerevole diversità linguistica. Un confronto con la Gran Bretagna dell'epoca ci rammenta che la Scozia, il Galles e l'Inghilterra avevano sistemi giuridici differenti e che l'Irlanda possedeva un parlamento separato. Un confronto con la Prussia mostra che differenti corpi cetuali governavano differenti regioni. Un paragone con la Francia rivela la presenza di numerose popolazioni contraddistinte da una marcata differenza linguistica. Se la situazione dell'Austria era invero più estrema sia per la diversità delle sue

istituzioni sia per il numero di lingue ufficiali, lo era per una differenza di quantità piuttosto che di qualità <sup>(1)</sup>.

Questa osservazione ha naturalmente molto di vero, e rispecchia bene, in forma di sintesi, i risultati di una ormai lunga e consolidata stagione di studi sul diritto e sulle istituzioni del Settecento europeo che ha fortemente ridimensionato la pregnanza del paradigma di lettura per così dire ‘assolutista’, un tempo dominante, per sottolineare invece l’opportunità di considerare lo stesso tardo antico regime nei suoi propri termini, evidenziando — ovunque — l’intenso pluralismo della sua costituzione materiale. La letteratura, in proposito, è sterminata e qui ci basterà un telegrafico rinvio a pochi titoli <sup>(2)</sup>. Al tempo stesso, però, consegnare, come fa Judson in questo brano, l’impero asburgico alla generalità della casistica europea di antico regime è operazione che non mi persuade completamente. Del resto anch’egli, in altre parti del suo bel volume, sembra avanzare proposte di lettura che vanno in una direzione in parte diversa; in particolare nelle pagine dedicate al rapporto tra l’Ungheria e gli Asburgo <sup>(3)</sup>. Ed è di qui che partiremo.

A qualche illustre contemporaneo, infatti, già nei primi decenni del Settecento questa parte dei domini austriaci sembrava incarnare, a causa della propria intensa autoreferenzialità rispetto alla Vienna dei suoi sovrani, qualcosa che nel resto d’Europa non c’era più da tempo. La quantità cui fa riferimento Judson, in tal senso, si convertiva fatalmente anche in qualità e irradiava un senso di spaesante sopravvivenza del passato nel presente. Negli anni venti del Settecento Montesquieu, nel corso di uno dei suoi molti viaggi per l’Europa, era stato anche in Ungheria, « contrada — commentava D’Alembert qualche decennio più tardi — opulenta e feconda, abitata da una generazione d’uomini fieri e generosi, il flagello de’

---

<sup>(1)</sup> P.M. JUDSON, *The Habsburg Empire. A new History*, Cambridge (Mass) — London, Harvard University Press, 2016, p. 49. La traduzione in italiano delle citazioni da Judson, qui come in seguito, è mia.

<sup>(2)</sup> L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001; M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

<sup>(3)</sup> JUDSON, *The Habsburg Empire*, cit., pp. 42-46.

suoi tiranni e l'appoggio de' suoi sovrani »<sup>(4)</sup>, come avevano dimostrato per un verso, al tempo della guerra di successione austriaca, risultando decisivi sul piano militare nello scontro con la Prussia e, in ultima analisi, provvidenziali per la sopravvivenza della monarchia austriaca; per l'altro, sistematicamente, da quando il loro paese era entrato a far parte, come autonomo regno d'Ungheria, delle terre soggette alla corona asburgica, opponendo una ferma contrarietà ai tentativi di uniformare il loro paese con le province ereditarie della corona d'Austria. Come osservava il presidente del parlamento di Bordeaux, nel capitolo del libro VIII dell'*Esprit des lois* intitolato *Quanto sia portata la nobiltà a difendere il trono*:

Si è veduta la casa d'Austria senza intermissione studiarsi di opprimere la nobiltà d'Ungheria. Non sapeva quanto le fosse per essere pregiabile un giorno. Cercava presso quei popoli il denaro che non vi era né vedeva gli uomini, che vi esistevano [...]. Non vi era vita, se non in questa nobiltà, che s'inasprì, dimenticò tutto per combattere, e si fece a credere, che la sua gloria consistesse nel perire e nel perdonare<sup>(5)</sup>.

E, ancora, redigendo il suo *Viaggio in Italia* gli accadeva di riportare alla memoria quello effettuato qualche anno prima nelle terre soggette alla corona degli Asburgo di Vienna:

Dicevo che volevo andare a vedere l'Ungheria, perché tutti gli Stati europei erano stati in passato così come è oggi l'Ungheria e perché volevo osservare i costumi dei nostri padri<sup>(6)</sup>.

Dunque l'Ungheria — tanto in ragione della sua condizione di regno autonomo, accostato agli altri domini di casa d'Austria, ma non integrato con essi, quanto in virtù della vigenza all'interno dei suoi confini di un intenso naturalismo nobiliare, ovvero di un bellicoso, estremo, anacronistico spirito feudale rispetto al quale quelli coevi del resto d'Europa parevano tutt'al più un ritratto sbiadito — si presentava agli occhi di Montesquieu come l'espres-

---

(4) *Elogio di Montesquieu pubblicato da D'Alembert*, in MONTESQUIEU, *Spirito delle leggi, con annotazioni dell'abate Antonio Genovesi*, vol. I, Milano, Silvestri, 1838, p. XVI.

(5) Ivi, p. 248.

(6) La citazione è tratta da D. FELICE, *Introduzione*, in MONTESQUIEU, *Tutte le opere (1721-1754)*, Milano, Bompiani, 2014, qui p. XLIX.

sione di una singolare irruzione nel presente di un passato all'insegna del policentrismo, che aveva per altro costituito tratto comune dell'antico pluralismo giurisdizionale vigente in tutta Europa. Ma questa immanenza del passato era prerogativa esclusiva di quel singolo paese?

## 2. *Il sacro romano impero visto da Edmund Burke.*

Alcuni decenni più tardi, in realtà, a un altro osservatore di primo rango, che scriveva in un tardo antico regime sempre più soggetto — su scala globale — a processi di uniformazione del diritto e delle istituzioni che tendevano a intaccare l'autonomia delle giurisdizioni territoriali non statali, veniva spontaneo leggere attraverso lenti, per così dire, 'ungheresi', l'intero assetto del Sacro Romano Impero, al quale buona parte dei territori asburgici apparteneva e del quale gli Asburgo erano garanti, pur essendo anche sovrani territoriali, nella loro veste di sacri romani imperatori.

Spostiamoci, dunque, al 1783, ed ascoltiamo la voce di Edmund Burke, all'epoca impegnato in una appassionata battaglia parlamentare in difesa delle costituzioni antiche e del pluralismo da queste garantito, al cui smantellamento in India da parte della East India Company egli stava assistendo costernato. Quello mughal al quale quest'ultima — dal 1764 titolare del *diwani*, ovvero delle funzioni amministrative e fiscali dei territori del Bengala, di Bihar e di Orissa — stava da qualche tempo imponendo una svolta dispotica e autocratica, era stato sin lì un impero composito, formato da una selva di giurisdizioni distinte e di potentati territoriali grandi e piccoli collegati da una struttura sostanzialmente federativa e priva di verticalismi. Nelle monarchie nazionali del vecchio continente — argomentava Burke — non esisteva nulla di davvero comparabile alla mirabile architettura policentrica nella quale si risolveva il complicato equilibrio di *checks and balances* che, diversamente da quanto pensavano molti europei, aveva in realtà tradizionalmente messo al riparo per secoli dalle derive del dispotismo i domini mughal. Nulla di comparabile, si è detto, se non un singolo caso:

Se dovessi prendere in considerazione l'intero aggregato dei nostri possedimenti indiani, lo comparerei con l'impero di Germania, cioè il termine di paragone più simile cui riesco a pensare. I nostri possedimenti diretti invece

li comparerei coi domini austriaci, senza che questi possano risentire del paragone. Il nababbo dell'Oude potrebbe far la parte del re di Prussia, mentre il nababbo di Arcot [...] paragonerei all'Elettore di Sassonia. Il Rajah di Benares [...] potrebbe benissimo restare alla pari almeno con il principe di Hesse, mentre il Rajah di Tanjore è all'altezza dell'elettore di Baviera.

E, ancora, spostando lo sguardo dal mondo dei 'quasi-sovrani' federalmente consociati all'impero mughal e al tempo stesso titolari di domini dislocati all'interno dei suoi confini a quello delle aristocrazie sparse nei territori direttamente soggetti al Gran Mughal:

I *polygar* e gli *zamindar* del Nord, assieme agli altri grandi capi, potrebbero benissimo equivalere al resto dei principi, duchi, conti, marchesi e vescovi dell'Impero [...]. Si tratta di un impero di tali dimensioni, di tale complicata natura e di tale dignità e importanza che non a caso l'ho comparato alla Germania e al governo tedesco, non perché vi sia un'esatta rassomiglianza, ma perché esso servisse di termine medio attraverso il quale avvicinare l'India alla nostra capacità di comprensione, e se possibile ai nostri sentimenti, al fine di risvegliare una qualche simpatia per gli sfortunati nativi, al cui destino temo che non saremo mai sensibili finché continueremo a guardare questo oggetto così remoto attraverso un filtro fallace e nebuloso (7).

Il governo 'tedesco'; ovvero, il governo sacro romano imperiale austriaco, ancora esistente all'epoca in cui Burke tenne questo discorso, anche se destinato a dissolversi nel 1806. Al tempo stesso la difficoltà di intendere le sottili alchimie policentriche — tanto di questo quanto dell'esotico governo mughal — attraverso il 'filtro fallace e nebuloso' di una statualità di impronta verticale e gerarchica, come quella che andava emergendo su scala globale a fine Settecento. Nella loro funzione di sacri romani imperatori, gli Asburgo erano sovrani 'non-statali' allo stesso modo in cui lo erano — secondo Burke — i mughal di Delhi prima dell'irruzione nei loro territori dell'East India Company?

Il punto interrogativo è d'obbligo, ma ciò che di questo brano ci interessa evidenziare è che, ancora a distanza di svariati decenni dalla testimonianza montesquiviana a proposito dell'inattualità, per

---

(7) E. BURKE, *Scritti sull'Impero. America, India, Irlanda*, a cura di G. Abbattista, D. Francesconi, Torino, UTET, 2008, pp. 285-286. Per un inquadramento della vicenda cfr. M. MERIGGI, *Costituzioni antiche e narrazioni orientalistiche. Dal Sette all'Ottocento*, in « Storica », XV (2009), 43-45, pp. 209-55.

così dire, dell'Ungheria nobiliare e delle sue forme sociali e costituzionali rispetto ai coevi sviluppi della dinamica statale europea, la varietà dello spazio asburgico poteva venire percepita dall'esterno come qualcosa di qualitativamente — e non solo quantitativamente — diverso rispetto a quella pure rinvenibile in tanti altri paesi del continente. Era per questo che Burke la candidava a una comparazione con una realtà non afferrabile con le 'normali' categorie europee. L'Ungheria, per altro — si noti —, al Sacro Romano Impero non apparteneva neppure. Ma il suo non era certo il solo caso di alterità radicale rispetto ai dettami di una sovranità monarchica con il quale i titolari della corona di Santo Stefano, gli Asburgo di Vienna, si trovassero alle prese nell'esercizio del loro mandato che in teoria si presupponeva imperativo.

### 3. *Federazione versus accentramento. Il policentrismo come virtù.*

Il Sacro Romano Impero, al cui vertice essi si collocarono quasi ininterrottamente dalla metà del '400 al momento della sua dissoluzione, non era uno stato, ma una federazione di entità politiche di dimensioni molto variabili. Se teniamo conto del criterio dell'immediatezza all'impero, ovvero della diretta soggezione di un territorio alla magistratura dei supremi tribunali imperiali (che implicava il contestuale diritto a ricevere protezione da questi ultimi), allora il numero degli stati che lo componevano (molti dei quali di dimensione microscopica) poteva essere contato nell'ordine delle migliaia. Erano, da sole, oltre mille le *Reichritterschaften*, ovvero i domini ereditari dei cavalieri dell'impero, la cui immediatezza a quest'ultimo li poneva al riparo dalla giurisdizione diretta degli stati al cui interno esse si configuravano come minuscole *enclaves*, talvolta estese non più di qualche decina di ettari. E, in aggiunta ad esse, accanto agli stati maggiori facenti parte del nesso imperiale, in quest'ultimo figuravano come soggetti politici autonomi 33 principati ecclesiastici, 61 principati secolari, 51 città imperiali, 40 prelati imperiali (ovvero conventi e abbazie), 100 contee imperiali. Tutte insieme, queste piccole o piccolissime entità dotate di giurisdizione autonoma esprimevano la parte di gran lunga più importante degli *Stände* muniti di seggio e di voto in sede di Dieta imperiale. Ben 383 nel 1521, essi erano rimasti pur sempre 294 nel

1792, alla vigilia della tempesta che nel quindicennio successivo avrebbe determinato da un lato la secolarizzazione e la mediatizzazione delle strutture politico-istituzionali della Chiesa del Reich, dall'altro l'assorbimento diretto all'interno degli stati maggiori di quest'ultimo dei microterritori che soprattutto avevano contribuito in età moderna a plasmare la fisionomia intensamente policentrica e particolaristica del mondo giurisdizionale tedesco di cui gli imperatori erano garanti <sup>(8)</sup>.

In queste condizioni, che non trovavano riscontri in alcuna delle monarchie nazionali del continente, per quanto ci si sforzi di descriverle nella chiave particolaristica suggerita da Judson nel brano che abbiamo citato in esordio, lo sviluppo di una amministrazione statale coerentemente articolata top-down era di fatto impossibile. Più ancora che come una federazione tra stati, ancora all'immediata vigilia della rivoluzione francese l'impero si presentava in realtà nei termini medievali del *Personenverbandsstaat*, vale a dire di una consociazione di soggetti in larga maggioranza di condizione aristocratica ereditariamente titolari della dignità di *Stand*. Anche la stessa *Reichskirche* era contestualmente una *Adelskirche*, come risultava evidente esaminando la composizione dei suoi vertici gerarchici, quasi sistematicamente appannaggio di cadetti di famiglie aristocratiche.

È sullo sfondo di questo contesto largo intonato alla massima valorizzazione del pluralismo politico, giuridico, istituzionale, che va considerato il peculiare processo di centralizzazione e di statalizzazione del potere che interessò i domini asburgici nel corso del Settecento, soprattutto a partire dall'età di Maria Teresa. Esso si dispiegò, ma in modo non omogeneo, tanto nelle *Erbländer* (vale a dire, da un lato: « gli arciducati austriaci, il ducato della Carniola [...], l'Istria interna, le contee di Gorizia e Gradisca, la città di Trieste con il Litorale adriatico »; dall'altro le « terre della corona di Boemia, comprensive dell'omonimo Regno, del margraviato di Moravia e della piccola parte del ducato di Slesia non ceduta ai prussiani nel 1748 »), quanto, in misura decisamente più ridotta e incontrando tenaci, se non feroci, resistenze, nelle terre che non

---

(8) K.O. FREIHERR VON ARETIN, *Das alte Reich 1648-1806*, 4 voll., Stuttgart, Klett-Cotta, 1993-2000.

facevano parte del Sacro Romano Impero, cioè l'Ungheria, la Galizia-Lodomeria, la Bucovina, i ducati di Milano e Mantova, i Paesi Bassi austriaci <sup>(9)</sup>.

Avanzarono, indubbiamente, durante la stagione del dispotismo illuminato, i processi di statalizzazione e verticalizzazione giurisdizionale nell'insieme di questi territori (anche se all'inizio degli anni '90, dopo la morte di Giuseppe II, si assistette alla precipitosa marcia indietro di Leopoldo II). Al tempo stesso, però, la funzione di sacri romani imperatori di cui gli Asburgo erano investiti li portò — esattamente negli stessi decenni — a proteggere il pluralismo istituzionale caratteristico dello spazio imperiale e a proporsi — in spirito di concorrenza con la Prussia, che si stava affermando all'epoca come grande potenza — come protettori di un 'partito' imperiale austriaco che era formato essenzialmente dalle unità minori della federazione, minacciate dalle tendenze all'espansione della potenza prussiana e di quella delle altre unità politiche maggiori dell'impero. Queste ultime erano allora impegnate in un'opera di disarticolazione dell'impalcatura micro-territoriale e cetuale presente all'interno dei loro rispettivi territori, e di soffocamento — dunque — di quelle forme di particolarismo istituzionale (come le città libere, i ceti provinciali, i domini ecclesiastici) che si configuravano come ostacoli al dispiegamento di una giurisdizione statale monocratica.

Anche i sovrani asburgici, all'interno di almeno alcuni dei territori sui quali insisteva la loro diretta sovranità, cercavano, in realtà, di fare lo stesso; di livellare, cioè, la soggettività giurisdizionale delle diete provinciali e delle istituzioni ecclesiastiche e di avviare la costruzione della monarchia come *Gesamtstaat*, immaginando il progressivo assorbimento al suo interno di entità territoriali — come, tipicamente, i principati ecclesiastici di Salisburgo, di Trento, di Bressanone —, che, pur essendo di fatto contenute all'interno dei domini della corona d'Austria, costituivano di fatto stati sovrani, tutelati dalla costituzione imperiale. Al tempo stesso, però, mentre si sforzavano di attenuare i particolarismi interni ai propri territori, non potevano che tutelarli in sede di istituzioni

---

<sup>(9)</sup> M. BELLABARBA, *L'Impero asburgico*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 17.

imperiali, non da ultimo per contrastare la sfida lanciata loro dalla Prussia per l'egemonia politica nello spazio territoriale germanico.

Il loro duplice, complicato sforzo era perciò quello di costruire lo stato e al tempo stesso mantenere vitale l'impero, facendo coesistere il principio della sempre più marcata centralizzazione del potere con quello del sostegno alla sua dispersione giurisdizionale. Diverso ancora si presentava il problema in relazione a quelle parti dei domini asburgici che, diversamente dalla *Erbländer*, del Sacro Romano Impero non facevano parte; tutti casi contraddistinti anch'essi dalla robusta vigenza non solo di una autonomia territoriale che era problematico mettere in discussione, ma anche di costituzioni sociali tra loro diversissime e quasi appartenenti a tempi storici distinti; quella ungherese, abbiamo appena appreso leggendo Montesquieu, si identificava a tal punto con un passato aristocratico, bellicoso e feudale da indurre un osservatore 'occidentale' come il presidente del parlamento di Bordeaux a percepirla come un'esotica reliquia del passato.

#### 4. *La fastidiosa varietas legum e le tendenze all'uniformazione. Da Maria Teresa a Leopoldo II.*

Ancora all'inizio del Settecento, qualche decennio prima dell'avvio della stagione delle riforme promossa da Maria Teresa ai fini della trasformazione di una « monarchische Union von Ständestaaten » in un insieme più omogeneo, il giurista boemo Julius Schierl von Schierendorf, lo « Staatstheoretiker più significativo del primo quarto del Settecento austriaco », commentando l'ipertrofia di privilegi giurisdizionali di cui godevano l'aristocrazia e il clero delle *Erbländer* si lamentava della « fastidiosa varietas legum et consuetudinum » caratteristica dei domini asburgici <sup>(10)</sup>. Diversi decenni più tardi, per quanto indubbiamente mutata rispetto a inizio secolo,

---

<sup>(10)</sup> R. GHERARDI, *Itinerario di una "Staatswerdung". Il patrimonio austriaco di modernizzazione fra XVII e XVIII secolo*, in *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*, a cura di P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1981, pp. 65-92, qui p. 67. La definizione *Monarchische Union von Ständestaaten*, che l'autrice richiama in questa sede, è di O. BRUNNER, *Das Haus Österreich und die Donaumonarchie*, in *Festgabe dargebracht Harold Steinacker*, München, Oldenbourg, 1955, pp. 122-144.

quella della monarchia degli Asburgo continuava a confermarsi, fondamentalmente, all'interno del panorama europeo, come una condizione eccezionale. È vero; con le riforme di metà secolo l'Austria era parsa imboccare un percorso di avvicinamento allo standard degli altri stati monarchici europei, e i ceti territoriali nel corso dei decenni seguenti si erano visti man mano sottrarre alcune prerogative di co-governo nell'amministrazione dei *Länder* <sup>(11)</sup>. Tuttavia ancora eccezionale la monarchia si confermava nel senso di quella stessa *varietas* deprecata da Schierendorf a inizio secolo, al cui potenziale centrifugo contribuiva sicuramente in misura molto significativa anche il carattere multietnico e multilinguistico dei sudditi delle corone di casa d'Austria. Visitando Vienna « lo straniero — ha osservato in proposito Grete Klingenstein — si stupiva del miscuglio di nazioni che incontrava al Kohlmarkt e al Graben: costumi variopinti, acconciature appariscenti, insolite espressioni di volti, atteggiamenti, gesti », ovvero il condensato, nello spazio della capitale, di una « pluralità di popoli e culture unificati sotto una unica sovranità: tedeschi, cechi, slovacchi, ungheresi, italiani, croati, sloveni, polacchi, ruteni, rumeni — cattolici, protestanti, cristiani ortodossi e uniati, ebrei » <sup>(12)</sup>; le sparse membra di un dominio che era unico nel contesto continentale, e non solo per la natura doppia e intimamente contraddittoria di chi lo governava. Da un lato, infatti, quelli asburgici erano sovrani statali e al tempo stesso vertici simbolici di una poliedrica realtà territoriale sovrastatale. Dall'altro: « Nessuno Stato possedeva nel continente avamposti tanto sparsi » e per di più territorialmente sconnessi dal corpo principale, come i Paesi Bassi meridionali e la Lombardia, « e perciò da nessuna parte vi erano forze centripete e centrifughe tanto attive quanto nella monarchia degli Asburgo » <sup>(13)</sup>. Forze centripete, cioè quelle messe in campo dai regnanti; forze centrifughe, vale a dire quelle interpretate dal mondo dei ceti, a partire dalla cellula elementare del loro sistema di potere, la signoria fondiaria, rimasta intatta a prescindere

---

<sup>(11)</sup> G. KLINGENSTEIN, *Riforma e crisi: la monarchia austriaca sotto Maria Teresa e Giuseppe II. Tentativo di un'interpretazione*, in *La dinamica statale austriaca*, cit., pp. 93-125, qui pp. 100-101.

<sup>(12)</sup> Ivi, pp. 93-94.

<sup>(13)</sup> Ivi, p. 101.

da tutti i mutamenti occorsi a livello di costituzioni territoriali regionali.

Sotto Giuseppe II lo stato indubbiamente aveva guadagnato terreno rispetto ai ceti. E tra i punti da segnare a vantaggio del centro viennese, da questo punto di vista, c'era il fatto che i territori della corona boema avessero potuto per la prima volta « essere unificati amministrativamente con i territori ereditari austriaci ed essere compresi in un'unità ». Ciò che, tuttavia, era stato solo appena scalfito dall'avanzare della *Staatswerdung* erano i diritti e i privilegi signorili sui sudditi, diversamente modulati da regione a regione. E — fatto anch'esso molto importante — permaneva vivo un orizzonte di aspettative che incoraggiava le forze del particolarismo territoriale a coltivare la speranza « di riappropriarsi nuovamente delle loro antiche funzioni in condizioni mutate »<sup>(14)</sup>. Alla morte di Giuseppe II la rinascita cetuale da mera speranza tornò ad essere realtà. Anche durante lo stesso regno del figlio maggiore di Maria Teresa, per altro, in un paese come l'Ungheria, che con le sue ulteriori pertinenze corrispondeva a circa la metà del territorio della monarchia, il futuro dal quale anche nelle *Erbländer* sotto Leopoldo II si cominciò a tornare precipitosamente indietro non era mai diventato il sofferto presente costruito in alcuni dei domini asburgici dal vento sferzante delle riforme accentratrici. Nel 1792, alla vigilia dell'impegno bellico dell'Austria contro la Francia rivoluzionaria, molti parevano perciò essere i fattori che autorizzavano a concepire quello che era avvenuto nei lustri precedenti come una turbativa superficiale e provvisoria, e non come un'alterazione definitiva della struttura costitutivamente plurale della federazione monarchico-cetuale austriaca.

##### 5. *Dal sacro romano impero all'impero d'Austria.*

La lunga stagione napoleonica portò però elementi decisamente nuovi rispetto alla linea di tendenza di rilancio delle costituzioni cetuali alla quale Leopoldo II nel 1792 aveva aperto la strada. I fattori di novità furono molteplici. Nel 1804, appena dopo che

---

<sup>(14)</sup> Ivi, p. 102.

Napoleone ebbe dichiarato la trasformazione della repubblica in impero, Francesco II d'Asburgo — all'epoca ancora sacro romano imperatore — emanò una patente che prevedeva « per Noi e i Nostri successori nell'indissolubile possesso dei Nostri regni e stati indipendenti, di assumere e stabilire il titolo e la dignità di un *Kaiser* ereditario d'Austria ». Intendeva con ciò non il titolo di sacro romano imperatore, di cui già disponeva, bensì quello di imperatore — nel senso di monarca, per così dire, rafforzato — sui domini ereditari della propria dinastia, allo scopo di ottenere il riconoscimento della « completa parità del titolo e della dignità ereditaria che spetta ai sovrani d'Austria » con quelli esibiti dai « più eccellenti sovrani e poteri europei ». Pensava a sovrani e poteri come « il nuovo sovrano di Francia », cioè Napoleone, o come « la corte imperiale russa »; vale a dire i vertici di comando dei due stati-impero che all'epoca meglio di qualsiasi altro parevano incarnare la realizzazione del modello assolutista di potere che a più riprese nel corso del Settecento molti monarchi del continente avevano cercato di sviluppare senza però riuscire mai a tacitare in modo definitivo le alterità giurisdizionali di vario genere presenti all'interno dei loro rispettivi territori. L'insieme dei *Länder* asburgici rientrava pienamente, come abbiamo appena visto, all'interno di questa categoria. Diventando imperatore d'Austria, Francesco II aveva dunque in mente di sferrare un nuovo attacco alle prerogative giurisdizionali della 'varietà' dei territori della dinastia allo stesso modo in cui l'aveva fatto qualche lustro prima Giuseppe II? Apparentemente sì. Ma lo fece, senza dubbio, con estrema cautela, dal momento che nella patente istitutiva dell'impero austriaco precisò anche quanto segue:

In conformità di ciò [...] Noi abbiamo deciso, per Noi e per i Nostri successori nell'indissolubile possesso dei Nostri Regni e stati indipendenti, di assumere e stabilire il titolo e la dignità di un *Kaiser* ereditario d'Austria (con il nome della Nostra casa arciducale) in tale massima solennità, che tutti i Nostri regni, principati e province mantengano conservati i titoli, le costituzioni e i privilegi sinora detenuti.

Additando come meta del futuro la costruzione di una monarchia austriaca per così dire di pari rango e intensità statale-monocratica di quelle all'epoca fiorenti con il nome di impero in Francia e in Russia, il sovrano asburgico si preoccupava, perciò, di

rassicurare contestualmente il mondo cetuale dei *Länder* della nuova monarchia che la soggettività giuridica di ciascuno di essi sarebbe rimasta intatta. Ancora una volta, rafforzando lo stato, non si pensava di dover eliminare i tradizionali privilegi cetuali, se è vero che, come abbiamo appena visto « tutti i Nostri regni, principati e province mantengono invariati i titoli, le costituzioni e i privilegi sinora detenuti ». E, ancora,

come tutti i nostri regni e gli altri stati [...] devono poter mantenere [...] le denominazioni e le condizioni avute sinora, così è in particolar modo per il nostro Regno d'Ungheria e i regni collegati, ed oltre a ciò per quelli dei nostri stati ereditari che finora sono stati in diretto legame con l'Impero romano di Germania e che anche in futuro [...] manterranno i medesimi rapporti con lo stesso » (15).

Come sappiamo, il regno d'Ungheria del Sacro Romano Impero non faceva parte, ma i domini ereditari sì. Ed era in quest'ultimo, come pure abbiamo visto, che essi trovavano garanzia e protezione da eventuali tentazioni di deriva assolutistica delle autorità centrali viennesi, alle quali tuttavia, senza dubbio, proclamando l'impero d'Austria Francesco II intendeva ora attribuire una maggiore capacità di irradiazione verticale.

La patente sulla quale abbiamo fermato la nostra attenzione restava perciò in un certo senso prigioniera della condizione schizofrenica in cui si trovavano gli Asburgo a causa della natura ancipite della propria dignità sovrana. Per alcuni versi, il Sacro Romano Impero continuava a fare aggio sullo stato, pure proteso alla ricerca di una conformazione il più possibile prossima all'unitarietà.

Ma nel 1806, con lo scioglimento del Sacro Romano Impero, l'ambivalenza a sua volta si sciolse. Per due anni Francesco II era stato tanto sacro romano imperatore quanto imperatore d'Austria. Ora, con il nuovo nome di Francesco I, lo era soltanto del nesso territoriale che comprendeva le *Erbländer*, la Boemia, l'Ungheria e la

---

(15) Parti consistenti della patente sono riportate in H. KLUETING, *L'imperatore romano eletto, e l'imperatore d'Austria: due figure di imperatore fra vecchio impero e nuovi imperi*, in *Gli Imperi dopo l'Impero nell'Europa del XIX secolo*, a cura di M. Bellabarba, B. Mazohl, R. Stauber, M. Verga, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 189-216, qui pp. 190-91.

Galizia<sup>(16)</sup>. E, proclamando la liberazione di « tutte le Nostre province tedesche e (degli) Stati dell'Impero [...] da tutti gli obblighi che hanno sinora avuto [...] nei confronti del Reich tedesco »<sup>(17)</sup>, egli annunciava al tempo stesso — almeno in teoria — la sua propria personale liberazione da quel vincolo al rispetto delle tradizioni territoriali che si era da decenni configurato come ostacolo strutturale allo sviluppo del centralismo nella monarchia.

Non c'è dubbio, tuttavia, che anche nella fase nuova che andava a profilarsi la « tensione tra l'obiettivo di costruire uno Stato moderno (distinto dal vecchio Impero) e la necessità di legittimare la posizione e la discendenza della dinastia asburgica in riferimento al proprio illustre passato (caratterizzato dal ruolo degli Asburgo come imperatori) »<sup>(18)</sup> restò un dato stabile nella messa in posa della nuova dinamica statale austriaca.

Da un lato, infatti, la memoria storica del peculiare campo di attrazione centrifugo nel quale s'era sviluppata la traiettoria del Sacro Romano Impero in età medievale e moderna conservò anche nella prima metà dell'Ottocento un'influenza non trascurabile<sup>(19)</sup>; dall'altro — a differenza di quanto era avvenuto nel frattempo in Francia e nel resto dell'Europa napoleonizzata — la società per ceti e la cellula di base di quest'ultima — la signoria fondiaria — si mantennero in vita in porzioni consistenti del nesso territoriale ora definito come impero d'Austria<sup>(20)</sup>.

Tuttavia, l'entrata in vigore, il 1 gennaio 1812, dell'ABGB, il codice civile austriaco che, secondo Rumpel (forse con una punta di esagerazione) svolse ai fini della emancipazione della società civile dalla ragnatela giurisdizionale della società cetuale un ruolo che

(16) B. MAZOHL-WALLNIG, *Zeitwende 1806. Das Heilige Römische Reich und die Geburt des modernen Europa*, Wien, Böhlau, 2005.

(17) KLUETING, *L'imperatore romano*, cit., p.191.

(18) L. COLE, *Il Sacro Romano Impero e la monarchia asburgica dopo il 1806: riflessioni su un'eredità contraddittoria*, in *Gli Imperi dopo l'Impero*, cit., pp. 241-276, qui p. 253.

(19) Ivi, p. 244.

(20) Una panoramica generale in proposito in P. URBANITSCH, *Pluralist Myth and Nationalist Realities: the Dynastic Myth of the Habsburg Monarchy — A futile Exercise in the Creation of Identity?*, in « *Austrian History Yearbook* », 35 (2004), pp. 101-141.

« non teme certo confronti con il *Code Napoléon* »<sup>(21)</sup>, segnò sicuramente un punto di svolta in direzione dell'uniformazione giuridica del nuovo impero d'Austria, ed essa fu accompagnata, durante gli ultimi anni del conflitto contro Napoleone, dall'incombenza quotidiana di uno stato d'eccezione che induceva ulteriormente ad accantonare le prerogative costituzionali dei *Landstände* delle province ereditarie. Per altri versi, gli anni napoleonici produssero la riformulazione alla francese dell'assetto giuridico e costituzionale in quelle parti dei domini asburgici che per un tempo più o meno lungo fecero parte dei regni satelliti dell'*Empire* francese (il regno di Baviera, il regno d'Italia, il regno delle Province Illiriche). E la stessa sorte toccò anche agli ex-principati vescovili (Salisburgo, Trento, Bressanone), che, incuneati di fatto già in precedenza, in qualità di stati sovrani, all'interno della maglia territoriale asburgica, ne erano divenuti per qualche anno parte costitutiva dopo la dissoluzione del Sacro Romano Impero. Durante gli anni 'francesi' i loro territori vennero infatti declassati — i primi due nel regno di Baviera, il terzo nel regno d'Italia — a semplici dipartimenti di stati nei quali era stata introdotta un'amministrazione monocratica ispirata al modello napoleonico.

In tutti questi casi, negli anni che precedettero la fine dell'avventura di Bonaparte, l'antica costituzione cetuale venne cancellata integralmente e del vecchio ordine plurale si fece pura e semplice tabula rasa.

## 6. *Le ambiguità della restaurazione: il farsi stato dell'impero.*

E, tuttavia, dopo averli riacquisiti in seguito al crollo del sistema napoleonico, gli Asburgo esitarono a disattendere del tutto — come, pure, una parte delle alte sfere dell'amministrazione centrale viennese suggeriva — le pressioni avanzate dagli *Stände* di

---

(21) H. RUMPLER, *Francesco Giuseppe Carlo di Asburgo-Lorena-Toscana, "imperatore" romano-tedesco e austriaco*, in *Gli Imperi dopo l'Impero*, cit., pp. 217-239, qui p. 217. Ma, per una valutazione dell'ABGB, cfr. anche W. BRAUNEDER, *Dal Codice civile (ABGB) alla "Gewerbeordnung": mutamenti strutturali della proprietà privata e dell'impresa*, in *La dinamica statale austriaca*, cit., pp. 247-263, nonché W. BRAUNEDER, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, Wien, Manz, 1992.

queste regioni (cancellati giuridicamente negli anni precedenti, ma evidentemente sempre vitali nella trama societaria locale, come nervature solide di una costituzione materiale troppo radicata per svanire in un breve lasso di tempo) per il riallineamento della loro costituzione a quella vigente negli « altri *Erbländer* della monarchia [e] riaprono le vecchie istituzioni cetuali chiuse dagli odiati franco-italiani [o, franco-bavaresi] e reintegrarono, sebbene con qualche barriera, le prerogative giurisdizionali dei dinasti feudali » (22).

Un volume di recentissima pubblicazione ci racconta con ricchezza di dettagli le modalità, diverse da *Land a Land*, dei negoziati in sede di Commissione aulica centrale di organizzazione (COHC) — il ‘congresso di Vienna’ in miniatura tenutosi dal 1815 ai primi anni della restaurazione dal quale scaturì il riassetto costituzionale delle province riacquisite o acquisite *ex-novo* dall’Impero d’Austria dopo la caduta di Bonaparte (23) — tesi al ristabilimento almeno parziale dell’impalcatura cetuale smantellata negli anni precedenti.

In Tirolo si voleva il puro e semplice ripristino della costituzione antica. Ma a Vienna si propendeva, piuttosto, a considerarlo un territorio conquistato e per questo soggetto a uno *ius militaris* che in linea di massima consentiva di esimersi dal riconoscimento di antichi diritti pregressi. Quella che ne scaturì fu una costituzione cetuale nuova — una costituzione cetuale *octroyée*, emanata dall’alto, per così dire —, che riduceva sensibilmente tanto le antiche prerogative degli *Stände* quanto le forme di autogoverno comunitario dei villaggi rurali e i privilegi da queste un tempo previsti. Essa venne percepita come una imposizione esterna e non come il segno dell’accoglimento dei desiderata locali: « eine Schale ohne Kern », un guscio vuoto, come si disse al tempo (24), nel quale tuttavia si

---

(22) M. BELLABARBA, *Il “fondamento dei miei regni”. Giudici, cultura politica e letteratura nell’Impero austriaco di primo Ottocento*, in *Gli Imperi dopo l’Impero*, cit., pp. 277-307, qui p. 285.

(23) La definizione è di F. HUBER, *In der Schwebe? Regionalismus und Zentralismus in Tirol und in Wien 1813-1816*, in *Il Paese sospeso. La costruzione della provincia tirolese*, a cura di M. Bonazza, F. Brunet, F. Huber, Trento, Società di studi trentini di scienze storiche, 2020, pp. 15-38, qui p.19.

(24) S. BARBACETTO, *(Ri)unificare il Tirolo: percorsi legislativi in un territorio complesso*, in *Il Paese sospeso*, cit., pp. 39-64, qui p. 53.

assisteva alla rilegittimazione giuridica di un mondo di dinasti feudali ora di nuovo dotati di giudizi patrimoniali concepiti in funzione di supplenza ai servizi di una amministrazione giudiziaria statale presente sul territorio in modo non omogeneo (25), e rimersi come testimoni di una costituzione antica che nel nuovo contesto tendeva a lasciarsi tuttavia percepire soprattutto come un luogo di memoria (26).

Ma in altri territori riacquisiti *manu militari*, come Salisburgo o il Vorarlberg, le autorità viennesi scelsero di tenersi le mani ancora più libere e in sede di COHC rimasero del tutto sorde alle richieste di ripristino dell'antico dualismo tra potere centrale e organi di rappresentanza cetuale. Nel Vorarlberg, come in Tirolo, la giustizia patrimoniale venne in parte reintrodotta, ma i *Landstände* vennero ricostituiti solo sulla carta, in modo tuttavia che potessero prestare ufficialmente giuramento. Lo fecero il 30 maggio 1816 e quella fu l'unica occasione in cui comparvero in scena per tutta l'epoca della restaurazione. Dopodiché, li si rivide riuniti solo alla vigilia del 1848 (27). Salisburgo, che nella cornice sacro romano imperiale aveva goduto della dignità di stato sovrano in quanto principato vescovile, si trasformò in un semplice circolo della Oberösterreich, e solo nel 1826 si vide accordare il ripristino di una rappresentanza cetuale, priva, comunque, di prerogative effettive (28). Il regno

---

(25) M. NEQUIRITO, *Abolizione e ripristino delle istituzioni d'antico regime in Trentino-Tirolo: i giudizi patrimoniali*, in *Il Paese sospeso*, cit., pp. 65-87. Ma cfr. anche R. STAUBER, *Der Zentralstaat an seinen Grenzen. Administrative Integration, Herrschaftswechsel und politische Kultur im südlichen Alpenraum 1750-1820*, Göttingen, Vandenhöck und Ruprecht, 2001; N. ZINI, *Dalle comunità di antico regime al comune austriaco*, in *Il Paese sospeso*, cit., pp. 89-103; M. BELLABARBA, *Storia amministrativa come storia regionale: il Trentino-Tirolo nel Vormärz*, in *Vormärz. Eine geteilte Geschichte Trentino-Tirols*, hrsg. von / a cura di F. Brunet, F. Huber, Innsbruck, Universitätsverlag Wagner, 2017, pp. 89-100.

(26) A. VON SCHLACHTA, *Die "Verfassung" des Landes — Ein Erinnerungsort in der politischen Kommunikation in Tirol*, in *Abschied vom Freiheitskampf? Tirol und 1809 zwischen politischen Realität und Verklärung*, Innsbruck, Wagner, 2009, pp. 129-151.

(27) W. SCHEFFKNECHT, *Vorarlberg 1813-1816 — Ein Land in der Schwebe zwischen Rückbruch und Neuordnung*, in *Il Paese sospeso*, cit., pp. 467-483, qui p. 475.

(28) J. LAHNER, *Symbolische Kommunikation und integrationsorientierte Herrschaftspraxis. Salzburg zwischen bayerischer und österreichischer Regierung 1815-1816*, ivi, pp. 485-500.

Lombardo-Veneto, infine, pure gratificato dell'introduzione di rappresentanze regionali formate da deputati espressi dall'aristocrazia, dalla grande proprietà fondiaria, dalle città capoluogo di provincia e da alcune pochissime altre alle quali venne riconosciuto lo status di città regia, fu la parte dell'impero d'Austria in cui il processo di monopolizzazione statale della giurisdizione si spinse più avanti, dal momento che il livellamento giuridico realizzato durante il quindicennio precedente sotto l'egida francese non venne in alcun modo messo in discussione<sup>(29)</sup>. Nell'epoca della restaurazione le province italiane si qualificarono in tal senso come una vasta area istituzionalmente post-feudale, e del tutto priva di quelle forme di giustizia patrimoniale che invece in parte cospicua del resto dell'impero continuavano — pur con intensità variabile a seconda dei luoghi — a mantenere viva l'idea di una società basata sul pluralismo giurisdizionale, al cui interno l'aristocrazia conservava una condizione di privilegio giuridico ben individuabile, malgrado il contestuale depotenziamento quasi generalizzato delle funzioni costituzionali concretamente esercitabili dagli *Stände* nei *Länder* in cui era contemplata la loro presenza. Come scriveva Ignaz Beidtel,

la differenza tra le antiche province e quelle riacquisite, o acquisite ex-novo [la cui superficie corrispondeva a 1/3 di quella dell'intera monarchia] consisteva soprattutto nel fatto che in queste ultime la giurisdizione patrimoniale vi risultava più contenuta, che non vi esisteva un foro privilegiato per singole persone né esenzioni dal servizio militare<sup>(30)</sup>.

Lo sviluppo dei processi il cui avvio abbiamo sommariamente delineato si segue in modo particolarmente suggestivo attraverso

(29) M. MERIGGI, *Il Regno Lombardo-Veneto*, Torino, UTET, 1987.

(30) I. BEIDTEL, *Geschichte der österreichischen Staatsverwaltung*, vol. II, 1792-1848, Innsbruck, Huber, 1898, p. 240 (la traduzione dal tedesco, di questo come degli altri passi tratti da Beidtel che citerò in seguito, è mia). Per una rassegna puntuale, *Land per Land*, delle prerogative consultive accordate ai corpi di rappresentanza territoriale in queste ultime, ovvero la Carinzia, il Tirolo, il Vorarlberg, il regno Lombardo Veneto e il Salisburghese, ivi, pp. 242-245 e 250-251. Su Beidtel cfr. O. BRUNNER, *Staat und Gesellschaft im vormärzlichen Österreich im Spiegel von I. Beidtel Geschichte der österreichischen Staatsverwaltung 1740-1848*, in *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz*, hrg. von W. Conze, Stuttgart, Klett, 1962, pp. 39-78 e, ora, W. HEINDL, *Josephinische Mandarine. Bürokratie und Beamten in Österreich 1848-1914*, vol. II, Wien-Köln-Graz, Böhlau, 2013, p. 122.

l'opera che abbiamo appena citato, la *Geschichte der österreichischen Staatsverwaltung* di Ignaz Beidtel, un funzionario di orientamento cattolico-conservatore che, scrivendo negli anni '50 dell'Ottocento un affresco d'insieme del rapporto tra stato e società tra fine Settecento e la rivoluzione del '48, seppe restituire anche gli aspetti più minuti del conflitto tra istituzioni centrali e istituzioni cetuali — tra avanzata dell'amministrazione monocratica e arroccamento difensivo della costituzione cetuale tradizionale — che accompagnò durante quei decenni il 'farsi stato' dell'impero.

Le costituzioni cetuali regionali, il palinsesto dell'antico dualismo istituzionale dei domini asburgici, in gran parte di essi — con le eccezioni poc'anzi segnalate — nell'epoca della restaurazione esistevano ancora e anche per questo c'era chi, comparando l'impero con altri stati europei coevi, lo definiva come il residuo paradiso dell'aristocrazia. Ma, osservava Beidtel, « nei nobili si era vieppiù insinuata l'idea che da ormai più di mezzo secolo l'autorità statale, dietro alla quale si celavano arroganti non-nobili, li avesse ingiustamente privati di gran parte dei loro diritti »<sup>(31)</sup>. Tuttavia, dopo la sofferta stagione napoleonica, si auspicava che fosse giunto il momento di imprimere un'inversione di tendenza a quel processo, che in certi momenti era parso inarrestabile, ma che in altri era stato contraddetto da iniziative di segno contrario. La partita non veniva ritenuta chiusa una volta per tutte, e gli *Stände*, sotto la guida dell'aristocrazia, avrebbero potuto ancora dire la loro, e arginare il dilagare dell'ondata centralistica e burocratica che s'era abbattuta sui territori dell'impero<sup>(32)</sup> e contrastare con il proprio fervente attivismo la « teoria dell'assolutismo » messa in pratica ogni giorno dagli agenti dell'amministrazione statale<sup>(33)</sup>. Il governo centrale viennese, in realtà, sapeva bene di trovarsi a « comandare su un conglomerato di regioni diverse, un tempo autonome e tuttavia ancora ricche di peculiarità risalenti a quel periodo » e proprio per questo, mandando in avanscoperta la sua falange burocratica, si

---

(31) BEIDTEL, *Geschichte*, cit., p. 49.

(32) Sulla polemica antiburocratica nell'Austria del Vormärz cfr. la puntuale ricostruzione di C. MOZZARELLI, *Sovrano, aristocrazia e amministrazione: un profilo costituzionale*, in *La dinamica statale austriaca*, cit., pp. 127-160.

(33) BEIDTEL, *Geschichte*, cit., p. 53.

sforzava di cancellare le varietà promuovendo « l'amalgama » tra le diverse regioni storiche della monarchia <sup>(34)</sup>. Negli anni funestati dalle guerre antinapoleoniche il tacitamento degli *Stände* da parte dell'amministrazione centrale si era spinto così avanti che « molti dei *Landstände* ritenevano le proprie riunioni null'altro che un inganno ricorrente che tradizionalmente veniva riproposto ogni anno » <sup>(35)</sup>. Cessata la minaccia bonapartista, si era sperato in un cambio di passo, ma la delusione era stata grande. E Beidtel, a questo proposito, poteva offrire la propria testimonianza diretta di funzionario itinerante, che aveva prestato servizio in più di una provincia dell'impero.

### 7. *La farsa delle carrozze e le diete di cartapesta.*

A Praga, nel 1839, Beidtel aveva avuto modo di osservare il corteo degli *Stände* per l'apertura del *Landtag*, la dieta territoriale regionale. Ad assistervi non vi erano state che poche persone, e solo appartenenti ai ceti popolari; svogliati spettatori intervenuti solo per divertirsi a sbeffeggiare i deputati cetuali rivolgendolo loro con tono sarcastico l'appellativo di « padri della patria ». Ancora peggio le cose erano andate a Brünn, in Moravia (l'odierna Brno), dove la cerimonia di apertura e di chiusura di un *Landtag* si era risolta in uno spettacolo tutto da ridere. Le massime autorità cetuali procedevano in pompa magna lungo una vasta arteria, ciascuna all'interno di una carrozza trainata — come da tradizione — da sei cavalli, seguita da un codazzo di almeno dieci servitori in livrea e affiancata da una scorta di quattro ufficiali ai lati:

Ora, tutto questo, un tempo, quando le supreme autorità cetuali possedevano davvero cavalli, servitori ed ufficiali propri, faceva effettivamente impressione. Ma adesso tutti sapevano o, se non lo sapevano già lo venivano a sapere intanto che guardavano il corteo <sup>(36)</sup>,

che quei sei cavalli per carrozza non erano più i loro, ma che li avevano presi in affitto per l'occasione, e che ciascuno dei titolari

---

<sup>(34)</sup> Ivi, p. 54.

<sup>(35)</sup> Ivi, p. 60.

<sup>(36)</sup> *Ibidem*.

degli alti uffici cetuali la sua scorta in livrea la formava non con propri servitori, bensì con avventizi assoldati per l'occasione per due ore, insieme alle livree di cui erano addobbati. Agli occhi degli spettatori questo corteo, che in teoria avrebbe dovuto rappresentare il simbolo della vitalità cetuale — e, insieme ad essa, del perdurante dualismo costituzionale dello stato asburgico — non era, dunque, altro che « una mascherata » (37).

Va, ulteriormente, notato che questo racconto di Beidtel, che potremmo arricchire, volendolo, di numerosi altri coloriti particolari, era riferito alla Boemia e alla Moravia, due tra i *Länder* imperiali nei quali — a differenza di quanto era avvenuto nelle province riacquisite o acquisite ex-novo che abbiamo considerato poc'anzi — le istituzioni cetuali non erano state mai abolite, e dove, dunque, non vi era stata formalmente alcuna soluzione di continuità con l'ideologia pluralistica dell'antico regime e con quei valori simbolici dei quali viceversa nei territori passati per l'esperienza francese una amministrazione che agiva come macchina operativa della rivoluzione aveva decretato nello scorcio iniziale dell'Ottocento l'obsolescenza.

Fatto salvo il caso dell'Ungheria, che continuava a restare corona indipendente all'interno dell'impero, e le prerogative della cui dieta cetuale rimanevano cospicue, il nuovo impero asburgico si governava più attraverso l'amministrazione che attraverso la costituzione cetuale e ne era stato sensibilmente attenuato il pluralismo giurisdizionale. Tuttavia la perdurante larga presenza dell'istituto della signoria fondiaria (*Grundherrschaft*) in gran parte delle *Erbländer* (38) e la conseguente cospicua riduzione della superficie territoriale sulla quale l'amministrazione centrale operava in modo diretto evidenziavano quanto problematico continuasse a risultare concepire l'esercizio del potere pubblico come una esclusiva prerogativa

---

(37) *Ibidem*.

(38) Sulle 'gigantesche' signorie fondiarie della Boemia, quasi stati nello stato, e sulla persistenza della giurisdizione patrimoniale al loro interno, cfr. R. MELVILLE, *La crisi della signoria fondiaria in Austria dal Vormärz alla rivoluzione come problema della Staatswerdung*, in *La dinamica statale austriaca*, cit., pp. 189-206, nonché ID., *Adel und Revolution in Böhmen. Zum Strukturwandel der Herrschafts- und Sozialordnung in Österreich um die Mitte des 19. Jahrhunderts*, Wiesbaden, Steiner, 2001.

statale. La società continuava a recare molte tracce della propria antecedente natura corporata e risultava innervata da una miriade di giurisdizioni patrimoniali, malgrado la linea di tendenza si indirizzasse nel senso della progressiva espansione delle prerogative dello stato. Per questo, con solo apparente paradosso, oltre che quello dell'aristocrazia, l'impero asburgico — impero con stato, e stato con impero al tempo stesso — venne definito spesso all'epoca anche come il paradiso della burocrazia. In condizioni, invece, decisamente meno paradisiache si trovava la società civile e nel corso degli anni '40 essa esternò con crescente consapevolezza di sé il proprio disagio.

8. *Pluralismo cetuale e pluralismo nazionale. Dal '48 alla fine dell'impero.*

Come ha molto efficacemente sintetizzato Pieter Judson, e come si evince con ricchezza di particolari e di colori dalla storia dell'amministrazione statale austriaca scritta nell'Ottocento da Beidtel, alla vigilia del 1848 « le nobiltà delle province della corona, specialmente in Ungheria, sfruttarono la parziale ritirata dello stato [di fronte alle effervescenze della società civile e dell'opposizione di orientamento liberale] per riaffermare i loro tradizionali poteri, spesso facendo uso di una nuova retorica dei diritti nazionali per legittimare la propria causa presso la popolazione »<sup>(39)</sup>. E, ancora, « nel 1846 una élite nazionalista polacca aveva cercato di restaurare il proprio potere ricreando uno stato polacco indipendente ». Si trattava di una élite nobiliare. Nel

1848 le élites ungheresi avrebbero cercato di fare lo stesso in Ungheria, dichiarando l'indipendenza del loro stato dal resto dell'impero. Attivisti nobili di altri territori della corona fecero a loro volta uso della rivoluzione del 1848 come opportunità per affermare — o, nel loro linguaggio, restaurare — la propria influenza nella formazione della politica, indirizzando la propria insoddisfazione contro un regime imperiale centralizzatore che li aveva defraudati dei loro precedenti privilegi<sup>(40)</sup>.

Ma anche nell'ormai da tempo giuridicamente non più cetuale

---

<sup>(39)</sup> JUDSON, *The Habsburg Empire*, cit., p. 154.

<sup>(40)</sup> Ivi, p. 159.

regno Lombardo Veneto le Congregazioni centrali di Milano e di Venezia — organi consultivi a spiccata caratterizzazione nobiliare per qualche verso paragonabili agli *Stände* delle province ereditarie — svolsero un ruolo importante nelle fasi di accensione delle micce dalle quali si sarebbe sviluppato l'incendio del marzo 1848.

Naturalmente, in un contesto nel quale da decenni avanzava anche una società civile di tipo individualistico, le istituzioni tardo cetuali non furono i soli soggetti impegnati nella promozione di rivendicazioni finalizzate a contestare l'assolutismo statale, o quello che si pretendeva tale. È però evidente che, soprattutto in luoghi come l'Ungheria, la Galizia, la Boemia, la Moravia, dove tra il '48 e il '49 risuonarono con forza le sirene del nazionalismo, il loro messaggio si alimentò anche in misura consistente del richiamo alla tradizione di un pluralismo risalente di matrice territoriale-cetuale, che per tutta l'epoca della restaurazione aveva svolto un ruolo sotto tono, ma che non si autopercepiva come una reliquia del passato e che, al contrario, intravedeva per sé un futuro.

« In queste condizioni — raccontava Beidtel — molti membri dei *Landstände* della Boemia, dell'Austria inferiore e dell'Ungheria pensavano che proprie nelle rappresentanze cetuali ci fosse il mezzo per sviluppare grandi cambiamenti nel sistema di governo ». L'idea era quella che si potessero far valere antichi diritti caduti in disusuetudine, e non più riconosciuti e valorizzati nella prassi dei decenni precedenti trascorsi sotto il segno della « apatia politica »<sup>(41)</sup>. Non era, in fondo, del resto, quanto sostanzialmente già avveniva in Ungheria, dove le tendenze assolutistiche dell'amministrazione incontravano un poderoso ostacolo nella costituzione cetuale 'forte' vigente nel paese<sup>(42)</sup>?

Per i nostalgici del pluralismo antico, la rivoluzione del 1848 costituì, in tal senso, una nuova occasione di uscita allo scoperto, e di rilancio delle proprie tematiche all'interno di un nuovo discorso costituzionale che puntava tuttavia soprattutto sulle figure identificative dell'opinione pubblica, della società civile, della nazione. Da un pluralismo all'altro, dunque, quasi senza soluzione di continuità, partendo dagli *Stände* e approdando a nuove istituzioni rappresen-

---

(41) BEIDTEL, *Geschichte*, cit., p. 401.

(42) Ivi, p. 402.

tative di impianto liberale e animate da un nuovo senso di orgoglio stimolato dal sentimento nazionale. In questo clima mutato, nell'immediata vigilia del 1848 in Boemia, in Moravia e poi anche nelle province austro-tedesche le cerimonie di apertura delle diete cetuali cessarono sorprendentemente di essere oggetto di sarcasmi e di ironie e si guardò ad esse come alle istituzioni più idonee a farsi interpreti non solo del rilancio delle libertà, dei diritti e delle prerogative di cui avevano goduto in passato, ma anche della promozione di un movimento teso a smussare l'assolutismo statale con gli strumenti istituzionali della libertà moderna.

Questo intreccio ambivalente tra le figure della tradizione plurale corporata e quelle emergenti del liberalismo individualistico si sarebbe riproposto a lungo nell'impero d'Austria, ben oltre la rivoluzione del 1848 e ben oltre la repressione delle sue istanze liberaleggianti durante il successivo decennio neo-assolutista. Si ripresentò, tra il 1850 e il 1860, attraverso l'introduzione, nel vuoto lasciato dall'abolizione giuridica della signoria fondiaria, di una costituzione comunale corporata che sotto mutate spoglie consentiva in molte aree della monarchia alle tradizionali élites locali di rilanciarsi come complementari e alternative al tempo stesso agli apparati dello stato, ma anche di aprirsi da posizioni di forza al dialogo con l'emergente società civile<sup>(43)</sup>. Ma, soprattutto, tornò a riemergere anche dopo il 1860, nella piena età costituzionale, nella forma dell'istituzione di un parlamento imperiale la cui modalità di composizione derivava da una singolare combinazione tra principi di carattere censitario e principi di carattere corporato nel sistema elettorale basato sulle curie<sup>(44)</sup>, che contrassegnò la storia dell'impero asburgico per quasi tutto l'ultimo cinquantennio della sua esistenza. Esso rappresentò lo strumento di espressione di un particolarismo diffuso e alimentato da matrici eterogenee — territoriali, cetuali, sociali, nazionali — e dalla loro commistione mutevole nel tempo. In esso si esprimeva la peculiarità di un nesso politico che, in

---

(43) B. MAZOHL-WALLNIG, *Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo la rivoluzione del '48*, in *La dinamica statale austriaca*, cit., p. 305-322, nonché JUDSON, *The Habsburg Empire*, cit., pp. 218-268, BELLABARBA, *L'impero*, cit., pp. 125-172.

(44) JUDSON, *The Habsburg Empire*, cit., pp. 251-268, BELLABARBA, *L'impero*, cit., pp. 139-149.

controtendenza rispetto alla parabola nel frattempo imboccata dai moderni stati-nazione, conservò fino ai suoi ultimi giorni l'assetto fondamentale composto derivante dalla sua tradizione plurale. Quest'ultima si era a suo tempo irradiata in una molteplicità di « regioni un tempo esistite indipendentemente l'una dall'altra e dalla dinastia asburgica. Ora, viceversa, l'impero venne visto sempre più come un assemblaggio di popoli etnicamente diversi »<sup>(45)</sup>; come uno stato la cui architettura pur sempre plurale si basava soprattutto sul suo carattere atipicamente multinazionale nell'epoca dei nazionalismi<sup>(46)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> JUDSON, *The Habsburg Empire*, cit., p. 240.

<sup>(46)</sup> J. DEAK, *Forging a multinational State. State-making in Imperial Austria from the Enlightenment to the First World War*, Stanford, Stanford University Press, 2015.



LUCA MANNORI

UNA O PLURIMA?  
LE IMMAGINI DELLA NAZIONE NELLA CULTURA  
COSTITUZIONALE DELL'ITALIA PREUNITARIA

1. L'Italia del vecchio ordine: Stati composti e repubbliche nascoste. — 2. L'impatto con la nazione rivoluzionaria. — 3. Genesi di un modello: il costituzionalismo municipale di Vincenzo Cuoco. — 4. Pluralismo e unitarismo nel primo Risorgimento. — 5. Il nuovo progetto degli anni Quaranta. — 6. Apogeo e crisi del costituzionalismo municipale. — 7. Dall'« unità » all'« unificazione ». — 8. Al tornante dell'unità: il governo dal centro.

Una premessa, intanto, per giustificare la presenza del saggio che segue in un 'Quaderno' dedicato a un tipo di pluralismo giuridico che si vuole dichiaratamente *moderno*. Ciò di cui ci occuperemo, in effetti, ha poco a che vedere con quello che di solito si suole evocare tramite questa espressione — un campo di esperienza e di riflessione, cioè, proprio di una temperie essenzialmente novecentesca, segnata a sua volta da quella 'crisi' dello Stato che pone fine alla pretesa di quest'ultimo di monopolizzare la rappresentanza di qualsiasi interesse collettivo. Lo scenario sul quale ci affacceremo è piuttosto quello del momento genetico dello Stato nazionale; ed il genere di pluralismo che prenderemo in esame è prevalentemente ancora quello 'antico', proprio di una società di corpi giunta al termine del suo percorso e colta ora nell'atto di confrontarsi col nuovo ordine degli individui. A giustificare d'altra parte il richiamo di tale vicenda in questa sede è il fatto che, nel caso italiano (come del resto molto spesso anche altrove), il trapasso antico/moderno avviene in capo ad un iter tutto punteggiato dalla ricerca di soluzioni di mediazione tra l'esigenza di vedere impersonata la nazione da un unico soggetto politico e quella invece di salvare almeno alcuni tratti della vecchia tradizione plurale del

paese: col risultato di elaborare una serie di immagini razionalizzate, per così dire, dell'ordine precedente, le quali possono a buon diritto trovar posto in una galleria dei modelli del pluralismo contemporaneo quale quella che il presente volume intende offrire al lettore.

1. *L'Italia del vecchio ordine: Stati compositi e repubbliche nascoste.*

Una importante ricerca collettiva, assegnatasi di recente il compito di ripensare i tratti fondanti dell'immagine forse più diffusa della storia dell'Italia moderna — quella, cioè, che ne declina il percorso nei termini di una « anomalia » rispetto al parallelo cammino dei paesi leader dell'Occidente —, ne ha indicato il primo formante in quella cronica « assenza di Stato » che avrebbe accompagnato la penisola nel suo percorso fin dalla rinascita cittadina basso-medievale <sup>(1)</sup>. Secondo questa lettura, fin dal momento in cui il medioevo italiano, anziché impegnarsi nella costruzione di una vasta monarchia a scala nazionale, imboccò invece il sentiero che avrebbe condotto alla « possente esplosione particolaristica comunale », si sarebbe generata una cultura politica refrattaria ad ogni forma d'integrazione dei singoli tasselli comunitari nell'ambito di organismi più vasti <sup>(2)</sup>: col risultato che questo endemico localismo per un verso avrebbe impedito all'Italia di prender « parte in alcun modo alla nascita e allo sviluppo della modernità statuale » e per un altro l'avrebbe poi costretta ad « importare » dall'estero tutte le forme di quella modernità stessa, « senza produrne alcuna » <sup>(3)</sup>.

Ora, da vari decenni una tale immagine è andata incontro, se non ad un completo superamento, quantomeno ad una profonda rettifica. Una vasta storiografia ha infatti sottolineato come anche la

---

<sup>(1)</sup> F. BENIGNO, I. MINEO, *Introduzione. Discutere il canone nazionale*, in *L'Italia come storia. Primato, decadenza, eccezione*, a cura degli stessi, Roma, Viella, 2020, p. 25 e ss.

<sup>(2)</sup> Così, per tutti, il contributo di sintesi istituzionale incluso nel primo volume della *Storia d'Italia* Einaudi: G. GALASSO, *Le forme del potere, classi e gerarchie sociali*, in *Storia d'Italia*, vol. I, *I caratteri originali*, Torino, Einaudi, 1972, p. 460.

<sup>(3)</sup> Ancora per tutti, E. GALLI DELLA LOGGIA, *L'identità italiana*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 115 (si tratta com'è noto, del volume inaugurale di una importante collana di studi storici recante il medesimo titolo).

penisola abbia sviluppato, tra fine medioevo e prima età moderna, una propria esperienza statutale, benché non abbinata a quelle connotazioni di « pienezza di sovranità, di preminenza degli apparati pubblici, di accentramento » che in passato si è stati soliti identificare con una certa nozione normativa di 'Stato'. Come ha notato Giorgio Chittolini in una pagina molto nota, lo Stato italiano tardo-medievale e proto-moderno va inteso anzitutto come un « luogo di mediazione e di organizzazione politica di forze diverse, di differenti attori ed interessi » (4), il cui scopo non sta nell'assorbire in una superiore unità i vari soggetti in esso confluiti, ma nell'assicurarne l'ordinato convivere (5). Ognuno di quei soggetti, inserito in una complessa ed irriducibilmente composita struttura pattizia, si vide così garantire il diritto di continuare a « vivere secondo le proprie leggi » e sotto il governo dei « propri magistrati », come si diceva allora, in cambio della collaborazione offerta al principe nel gestire una serie di politiche di livello superiore.

Il risultato fu un assetto dove il pluralismo (di fattura ben diversa da quello evocato, per esempio, dal modello di uno 'Stato per ceti' di derivazione tedesca o francese, basato a sua volta su forti corpi sovralocali a carattere trasversale (6)) non ha niente di residuale, ma costituisce l'anima stessa della costituzione territoriale. In essa, le comunità di primo livello poterono continuare a godere della loro antica « libertas » (o quantomeno di quella sua versione attenuata che a metà Settecento qualcuno cominciò a chiamare « autonomia » (7)) in un contesto immune dai rischi di una eccessiva frammentazione e di una sregolata conflittualità. Sotto l'ospitale ombrello dello Stato regionale, l'Italia delle cento città trovò così il

---

(4) G. CHITTOLINI, *Il 'privato', il 'pubblico', lo 'Stato'*, 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, p. 569.

(5) Ivi, p. 570. Si tratta di una nozione abbastanza vicina a quella che Maurizio Fioravanti ha identificato, in termini generali, rileggendo Oakeshott, con l'espressione di Stato-*societas*, in opposizione ad uno Stato-*universitas* concepito invece come progetto di unità politica (M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 79-94).

(6) Ancora CHITTOLINI, *Il 'privato'*, cit., p. 568.

(7) L. MANNORI, *Autonomia. Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia ed Italia*, in « Quaderni fiorentini », 43 (2014), pp. 73-83.

modo per perpetuare se stessa nel quadro di un accordo cooperativo con i propri sovrani; e ciò conservando ancora, agli occhi di molti osservatori, il suo profilo medievale di un paese di micro-repubbliche, benché ora raccolte, « ut parvuli pulli sub alis gallinarum » (8), entro una più robusta maglia di regni e principati (9).

Questo dunque, a grandi linee, il modello di cultura statale che la penisola era riuscita ad elaborare nel corso del Rinascimento e che avrebbe poi sostanzialmente mantenuto fin quasi al termine dell'età moderna. Non peggiore né migliore di quello proprio di tante altre parti della 'vecchia Europa', esso aveva dato prova di una sua indubbia efficacia, permettendo di volgere a vantaggio dell'impresa statale le eccezionali potenzialità offerte dall'autogoverno corporativo, grazie anche alla messa a punto di tecniche di controllo a loro modo assai evolute (10). Il suo limite strutturale, d'altra parte, consisteva nell'adottare una immagine dello Stato inevitabilmente sgranata e nel cercarne la legittimazione più nella capacità delle autorità centrali di garantire al meglio la sussistenza delle piccole sovranità confluite entro i rispettivi spazi di governo che nel promuovere una qualche forma d'integrazione.

Già ben prima della frattura rivoluzionaria, questo tipo di ordine mosaicale, basato sulla pervicace difesa di una libertà nel locale oramai fortemente sclerotizzata, era divenuto il bersaglio di una pioggia di denunce convergenti. Diametralmente antitetico ai progetti di quei funzionari che già a metà Settecento avevano

---

(8) La similitudine si ritrova nella consiliaristica quattrocentesca influenzata dall'umanesimo civico dei Bruni e dei Salutati (L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 46), ma il suo senso era assolutamente attuale per i giuristi che utilizzavano quei vecchi testi ancora in pieno Settecento.

(9) Su questo contrattualismo a base 'comunalistica', molto diffuso del resto anche a scala europea, basti il rinvio ai molti studi ad esso dedicati da Angela De Benedictis (tra cui *Consociazioni e contratti di signoria nella costruzione dello Stato in Italia*, in *Origini dello Stato*, cit., pp. 591-608; *Repubblica per contratto. Bologna: una città europea nello Stato della Chiesa*, Bologna, il Mulino, 1995; *Reggere e governare i sudditi in età moderna. Alcune « Carte » (fonti) per scrivere una « Storia » (non teleologica)*, in « Le carte e la storia », 2020, 2, pp. 5-14).

(10) Si cfr. i saggi contenuti in « Storia Amministrazione Costituzione. Annale ISAP », IV (1996) — volume interamente dedicato al tema delle origini dei controlli amministrativi in Italia.

cominciato a inseguire l'ideale dello Stato inteso come una « campana tutta d'un pezzo »<sup>(11)</sup>, esso risultava ormai altrettanto estraneo a tutte quelle avanguardie italiane impegnate negli stessi decenni a smarcarsi dal vecchio patriottismo di campanile per volgersi invece verso una patria più ampia, corrispondente a quella porzione di mondo « del cui benessere siamo tutti responsabili »<sup>(12)</sup>. Una volta scoperto — come scriveva Pietro Verri attorno al 1779 — che la libertà non consiste affatto nel « partecipare al governo », bensì nella « sicura possessione della vita, dell'onore e dei beni », garantita da una legge comune (e ciò fino al punto che, sempre secondo il nostro Pietro, i milanesi non sarebbero mai stati così schiavi come sotto la loro tanto decantata repubblica del XIII secolo)<sup>(13)</sup>, tutta l'impalcatura plurale del vecchio ordine perdeva di senso. Essa non era servita ad altro — rimarcava ancora Verri — che a garantire per secoli la sopravvivenza dell'« agonizzante oligarchismo » di una « nazione corrotta », « sprovveduta d'ogni criterio morale »<sup>(14)</sup>.

Con tutto ciò, il modello dello Stato composito che abbiamo sbozzato fin qui non solo giunge, nei fatti, largamente indenne al tornante degli anni Novanta, ma continua a innervare nel profondo una cultura diffusa che identifica ancora senza incertezze il luogo della libertà con la piccola patria ed indica per converso nello Stato il semplice guscio protettivo degli ordinamenti autonomi in esso ricompresi.

« Grato dunque e tranquillo albergo è quello della patria — notava per tutti nel 1786, con l'autorevole avallo di Rousseau, un

---

(11) Secondo la famosa metafora proposta nel 1758 dal collaboratore di Emmanuel de Richécourt Gaetano Canini, in occasione di uno dei primi progetti di riforma della giustizia messi a punto nella Toscana lorenese (Marcello VERGA, *Da cittadini a nobili. Lotta politica e riforma delle istituzioni nella Toscana di Francesco Stefano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 285).

(12) Così, con riferimento all'illuminismo milanese, N. JONARD, *Cosmopolitismo e patriottismo nel Caffè*, in *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, a cura di A. De Maddalena, E. Rotelli, G. Barbarisi, Bologna, il Mulino, 1982, vol. II, p. 88.

(13) Cit. in C. DIPPER, *Dispotismo e costituzione: due concetti di libertà nell'illuminismo milanese*, in *Economia, istituzioni, cultura*, cit., vol. II, p. 878.

(14) Ancora Verri nel 1770, qui cit. da Carlo CAPRA, *I progressi della ragione. Vita di Pietro Verri*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 291.

noto epigono dell'ideologia del repubblicanesimo cittadino, il gesuita bassanese Gian Battista Roberti —. In essa gli uomini nati fratelli, perché discesi da un solo padre, rinnovellano la loro original fratellanza»; e ciò non solo nel segno di « comuni usi », « comuni piaceri » e « comuni templi », ma anche in quello di « comuni leggi ed uffici », il cui esercizio si riannoda ancora al modello della democrazia degli antichi. « Egli è vero — proseguiva infatti l'autore — che i sudditi, piccoli Senati delle nostre città non hanno da provvedere né alle malizie di Filippo, come Atene, né agl'impeti di Pirro, come Roma. Nulladimeno gli affari de' Comuni sono affidati alla loro integrità e possono anch'essi dirsi grandi, essendo relativa ogni misura della grandezza » (15).

## 2. *L'impatto con la nazione rivoluzionaria.*

Difficile immaginare, dunque, un tipo di ordine più lontano di questo dal profilo di quella nazione rivoluzionaria con cui l'Italia si trovò improvvisamente invitata a riconoscersi a partire dalla primavera del 1796. L'essenza del nuovo modello riposava infatti su un valore diametralmente opposto rispetto a quella libertà autonomistica che aveva costituito per tanto tempo il faro principale della cultura politica italiana: ovvero, sull'assoluta indivisibilità di un corpo sociale che, proprio in quanto indicato adesso come il titolare originario del potere supremo, non poteva più a nessun patto continuare ad essere pensato nei termini di una *societas societatum*. « Il principio della sovranità risiede essenzialmente nella nazione — recitava l'art. 3 della Dichiarazione dei diritti —. Nessun corpo, nessun individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa ». Il permanere così di qualunque segmentazione giuridica all'interno del corpo sociale non solo non esprimeva più alcun valore, ma costituiva di per sé un attentato alla libertà collettiva. Per forza di cose, il nuovo ordine non avrebbe potuto che fondarsi sull'azzeramento delle differenze, sulla soppressione di qualsiasi corpo intermedio e sulla ricerca di una perfetta osmosi fra tutti i membri della nazione. Mentre a sua volta, il naturale luogo

---

(15) G.B. ROBERTI, *Dell'amore verso la patria, Trattato postumo*, in ID., *Opere*, Lucca, Bertini, 1817, vol. III, p. 1 e ss.

proiettivo di questa nuova nazione di eguali venne subito indicato dai più conseguenti tra i giovani intellettuali che avevano abbracciato la causa rivoluzionaria nella grande comunità culturale italiana di cui ogni uomo di lettere si era sentito partecipe a partire dal Rinascimento e che si offriva ora come la sede più adatta ad accogliere la nuova società rigenerata appunto in quanto costituente un terreno del tutto vergine sul piano politico. Dimenticate le « frivole distinzioni d'esser nati a Napoli, a Milano, a Torino »<sup>(16)</sup>, e a maggior ragione tutti gli infiniti particolarismi che su quelle appartenenze si erano incrostati nel corso dei secoli, gli italiani si sarebbero scoperti d'un tratto come « un tutto » che niente avrebbe più separato, trovando ora il loro unico cemento identitario nella lingua, nei costumi e nella cultura.

E tuttavia, se il triennio repubblicano qualcosa dimostra, esso prova come, per l'Italia dei campanili, il messaggio rivoluzionario suonò ben prima come una riscossa centrifuga che come un invito all'affratellamento. Nell'Italia padana « rivoluzionata » da Bonaparte le nuove parole d'ordine democratiche furono intese infatti un po' ovunque come l'autorizzazione a riappropriarsi nella sua pienezza di una libertà nel locale che molti, negli anni e nei decenni precedenti, avevano sentito inaccettabilmente compressa dai loro vecchi governanti. Che talvolta l'iniziativa sia stata assunta da ceti aristocratici esacerbati dalle riforme settecentesche mentre altrove da gruppi avanzati che guardavano con sincera empatia alla rivoluzione di Francia, ciò poco cambia. Come ha scritto Franco Venturi in una pagina famosa,

quel che la conquista francese aveva scatenato in Italia era innanzitutto un moto cittadino, comunale, una ripresa di lotte secolari che andavano ritrovando, sotto le strutture degli Stati principeschi, un'antica volontà di riaffermare l'autogoverno della loro città. Alba e Asti contro il Re di Sardegna, Reggio contro il Duca di Modena, Bologna e Ferrara contro lo Stato Pontificio, Bergamo, Brescia, Padova contro Venezia, le città delle Marche le une contro le altre ecc. E rapidamente, in ognuno di questi centri, la lotta si

---

<sup>(16)</sup> Così F. BUONARROTI, in una sua corrispondenza con altri esuli italiani già nel febbraio del 1796 (cit. in A. SAIITA, *Filippo Buonarroti. Contributi alla storia della sua vita e del suo pensiero*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 1950-51, vol. I., pp. 2).

fece subito sociale, tra cittadini e paesani, tra nobili e borghesi, tra patrizi e plebei <sup>(17)</sup>.

L'esempio più clamoroso di questo genere di rivendicazioni fu offerto da Bologna: che nel dicembre del 1796, denunciati i patti di sottomissione che dal 1447 la legavano allo Stato pontificio e riassunta quindi la piena indipendenza di cui aveva goduto nel medioevo, dopo aver tentato in un primo momento di rimettere in vigore il proprio ordinamento statutario medievale, adattò alla propria fisionomia di minuscola « nazione » municipale il testo francese del 1795, proclamando quella che sarebbe stata poi celebrata come la prima costituzione a suo modo moderna della storia della penisola <sup>(18)</sup>. E se altrove non si giunse a tanto, l'orizzonte verso il quale parecchi altri centri s'incamminarono del tutto naturalmente nel corso di quei primi mesi fu quello di una sorta di confederazionismo intracittadino, anch'esso del tutto contiguo alle antiche tradizioni dell'Italia plurale.

Di fronte a questo spettacolare revival microrepubblicano, spettò ai democratici più conseguenti assumersi la responsabilità di tracciare per la prima volta con chiarezza la linea di discriminazione tra 'locale' e 'nazionale', indicandolo ad una cultura italiana che fino ad allora non ne aveva avuta alcuna precisa percezione. Nessun dubbio, osservò per tutti Melchiorre Gioia nella sua celebre dissertazione milanese, che nella dimensione delle piccole repubbliche « gli interessi di cittadino tend[a]no a confondersi con gli interessi particolari » <sup>(19)</sup>, per raggiungere così una intensità patriottica che non trova uguali nell'ambito di nessuna comunità di carattere superiore.

---

<sup>(17)</sup> F. VENTURI, *L'Italia fuori d'Italia*, in *Storia d'Italia*, vol. III, *Dal primo Settecento all'unità*, Torino, Einaudi, 1973, p. 1135.

<sup>(18)</sup> M. DEGLI ESPOSTI, *La Repubblica bolognese nel triennio 1796-1799 e la prima costituzione italiana*, in « *Scienza e politica* », XV (1996), pp. 81-100. Per una ricostruzione del retroterra culturale bolognese negli anni precedenti a questa svolta, A. DE BENEDICTIS, *Nazione per diritto delle genti. Bologna città libera nello Stato della Chiesa*, in *Nazioni d'Italia. Identità politica e appartenenze regionale tra Settecento e Ottocento*, a cura di A. De Benedictis, I. Fosi, L. Mannori, Roma, Viella, 2012, pp. 195-215.

<sup>(19)</sup> M. GIOIA, *Dissertazione sul problema dell'Amministrazione della Lombardia "Quale dei governi liberi meglio convenga alla felicità d'Italia"*, in *Alle origini del Risorgimento. I testi di un "celebre" concorso*, Roma, Istituto storico per l'età moderna e contemporanea, 1964, vol. II, p. 57.

« Convien però riflettere che gl'odi personali, la vanità, l'avarizia, l'ambizione condensate in sì poco spazio fanno degenerare il patriottismo in spirito di partito, e dividono i cittadini in tante fazioni »<sup>(20)</sup>. « L'animosità dell'interesse, il risentimento personale colorito col titolo di patriottismo, l'orgoglio della vittoria, la disperazione del successo, la memoria delle ingiurie, il timor di nuovi oltraggi infiammano lo spirito e contribuiscono a soffocare il grido di pietà »<sup>(21)</sup>; e ciò tanto nei confronti dei propri avversari interni quanto — e a maggior ragione — verso tutti coloro che rimangono estranei ad un così limitato consorzio. La dimensione locale, insomma, è troppo intimamente imbricata col sociale per offrirsi come base praticabile per un qualsiasi governo rappresentativo. Quest'ultimo, per parte sua, che Gioia definiva come quello « confidato ai saggi eletti dal popolo », non potrà che esprimere un livello superiore di razionalità, propria di un ambito di appartenenza il più possibile distante da quella sfera degli interessi particolari in cui si annidano i sentimenti meno nobili e più divisivi:

dunque, invece che moltiplicare le repubbliche e di conseguenza i rappresentanti del popolo, ed esporsi al pericolo d'introdurre nel governo lo spirito d'inquietudine e d'incostanza, conviene stabilire una sola repubblica e chiamare alla rappresentanza que' pochi uomini illuminati, fieri, sensibili che, animati dall'amor della gloria, dall'orgoglio della libertà, dal disprezzo della morte, ... camminano d'un passo fermo e sicuro verso d'un grande oggetto<sup>(22)</sup>.

Saranno appunto questi pochi eccellenti, selezionati dalla fiducia di tutti, a guidare tutto « il restante » degli italiani (che il nostro autore vede ancora « travolto dalla corrente irregolare de' pregiudizi »<sup>(23)</sup>) verso i traguardi di una nuova maturità democratica ancora tutta da conquistare.

Fin dall'inizio del processo di costruzione nazionale, dunque, le frange intellettuali più avanzate del paese sembrano ritenere indifendibile qualsiasi modello che punti a recuperare l'antico ordito plurale della penisola. Accolto senza riserve il nuovo schema ordi-

---

<sup>(20)</sup> *Ibidem.*

<sup>(21)</sup> *Ibidem.*

<sup>(22)</sup> Ivi, p. 66.

<sup>(23)</sup> *Ibidem.*

nante d'oltralpe, ogni comunità particolare avrebbe dovuto sciogliersi completamente nel grande abbraccio della nazione rivoluzionaria, trasformandosi in una semplice articolazione interna di quel grande organismo collettivo a cui era rimesso il compito di esprimere un livello superiore di razionalità.

Nel corso del Triennio, d'altra parte, raggiungere questo obiettivo si rivelò un'impresa ben difficile da praticare. Le varie repubbliche sorelle modellate infatti sul calco francese che il Direttorio, superate le incertezze iniziali, s'impegnò ad insediare nelle varie aree della penisola via via 'liberate', pur ispirate ora ad un univoco principio d'indivisibilità democratica, nei fatti funzionarono prevalentemente come conglomerati d'interessi locali, i cui nuclei costitutivi — rilevavano sconsolati gli osservatori francesi — governavano come « des corps à part », « suivant les règles de leurs caprices ou de leurs intérêts privés »<sup>(24)</sup>. Ogni municipio, denunciavano gli stessi Consoli della Roma di fresco repubblicanizzata, « sembra essere una comune isolata ed estranea verso gli interessi della grande famiglia »; e « i legami che riuniscono il governo alle autorità costituite, e codeste a tutte le classi dei cittadini, compariscono spezzati all'istesso momento in cui sono stati formati », al punto che ovunque serpeggia « una specie di dissoluzione politica che annienta nel cuore dei repubblicani ogni lusinga stessa di speranza »<sup>(25)</sup>.

Fu però solo in concomitanza con la grande crisi del 1799 che lo scarto tra i due modelli di ordine, monistico e pluralistico, si rivelò in tutta la sua imponente drammaticità. In effetti, per quanto vario e complesso sia stato il cocktail di motivazioni da cui scaturirono le insorgenze controrivoluzionarie<sup>(26)</sup>, la componente più elementare ed ubiqua di quel fenomeno sembra essere stata anzitutto l'esigenza, da parte dei sollevati, di difendere un particolarismo locale i cui

---

(24) Così l'ambasciatore francese a Roma nel 1798, cit. in V.E. GIUNTELLA, *La giacobina Repubblica romana. Aspetti e momenti*, in « Archivio della Società romana di storia patria », LXXIII (1950), p. 25.

(25) *Ibidem*.

(26) Sul quale cfr. per tutti A.M. RAO, *Folle controrivoluzionarie. La questione delle insorgenze italiane*, in *Folle controrivoluzionarie. Le insorgenze popolari nell'Italia giacobina e napoleonica*, a cura della stessa, Roma, Carocci, 1999, pp. 9-36.

equilibri erano stati brutalmente alterati dall'impatto con la rivoluzione. I francesi avevano infatti ovunque accompagnato la loro penetrazione militare in Italia con il sistematico insediamento, in ogni pur minimo centro della penisola, di una municipalità rivoluzionaria affidata alla fazione locale apparentemente più vicina al nuovo ordine, con la conseguente estromissione dei ceti dominanti precedentemente in carica. E proprio questo brusco sovvertimento delle logiche autoriproduttive locali ad opera di un'autorità esterna che alla coscienza collettiva tradizionale appariva destituita di qualsiasi titolo per intervenire su simili *interna corporis* fu alla base della terribile, e insieme largamente spontanea ed ubiqua, reazione antidemocratica del '99. Reazione che oggi tutta una parte della storiografia tende a leggere, prima di tutto, come una « rivoluzione parrocchiale », volta a restaurare un assetto micrordinamentale arbitrariamente sovvertito dall'alto e al tempo stesso a regolare i conti con gli avversari domestici che avevano tratto un ingiusto profitto dall'alleanza col nuovo signore <sup>(27)</sup>.

È appunto un'analisi in definitiva non troppo lontana da questa che sembra sottendersi alla prima e insieme forse più affascinante proposta di rifondazione costituzionale su base 'plurale' offerta dalla cultura dell'Italia risorgimentale: quella avanzata cioè all'inizio del nuovo secolo da Vincenzo Cuoco nel *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*.

### 3. *Genesi di un modello: il costituzionalismo municipale di Vincenzo Cuoco.*

Come ha ribadito tutta la critica recente, il punto di partenza

---

<sup>(27)</sup> Così tipicamente M. BROERS, *The parochial Revolution: 1799 and the counter-revolution in Italy*, in « Renaissance and modern studies », XXXIII (1989), pp. 159-174; ID., *Revolution and vendetta in Piedmont, 1794-1821*, in « The historical journal », XXXIII (1990), pp. 573-597; ma ancora A.M. RAO, *Pouvoir local et Révolution dans l'Italie jacobine et napoléonienne*, in *Pouvoir local et Révolution. La frontière intérieure*, sous la dir. de R. Dupuy, Rennes, Presses Universitaires, 1995, pp. 495-507. Per un esame dalla stessa prospettiva del caso francese, T.W. MARGADANT, *The rhetoric of contention. Conflicts between towns during the French Revolution*, in « French historical studies », XVI (1989), pp. 284-308, e ID., *Urban rivalries in the French Revolution*, Princeton, University Press, 1992.

di Cuoco non è, in sé, molto diverso da quello proprio degli altri autori democratici del triennio (28). La riflessione del molisano orbita tutta attorno alla necessità di conseguire quella unità della nazione che anche per lui è la premessa imprescindibile di ogni modernità costituzionale. La differenza della posizione di Cuoco, però rispetto per esempio al Gioia del '96 che abbiamo ascoltato poco sopra o allo stesso Mario Pagano, col quale le pagine del *Saggio* intrattengono un fitto colloquio postumo, consiste nel prender atto che, quantomeno nel caso di Napoli, la produzione di una tale unità si era rivelata, durante la rivoluzione, un obiettivo tanto estraneo alla cultura popolare da condannare ad un inevitabile fallimento ogni tentativo di realizzarla tramite una meccanica omogeneizzazione dall'alto. Frammentata verticalmente « in tante diverse nazioni » quante erano da sempre le sue regioni storiche, se non proprio le sue singole comunità, la nazione napoletana presentava inoltre un'ancor più profonda spaccatura orizzontale tra i pochi che erano divenuti « francesi ed inglesi » e tutti gli altri che, come Cuoco si esprime con sorprendente crudezza, « erano rimasti selvaggi », in quanto rimasti ostaggio di una subcultura tradizionale (29).

Da queste premesse, il nostro autore ricava tre conseguenze fondamentali. La prima è una critica radicale al modello della rappresentanza rivoluzionaria, che chiama la minoranza acculturata a sostituire senza residui la propria volontà a quella del resto di una nazione a cui non resta altro se non fornire alla prima una mera legittimazione elettorale. Una soluzione del genere, forse praticabile laddove rappresentati e rappresentanti condividano un sufficiente patrimonio di valori comuni, perde qualunque senso quando essi si ascrivano invece a « due nazioni diverse per due secoli di tempo, e per due gradi di clima » (30), come accade appunto nel caso napoletano. In un contesto del genere, l'élite può guadagnare il consenso della base solo a patto di rispettarne la cultura profonda e di farne

---

(28) A. DE FRANCESCO, *Il Saggio storico e la cultura politica italiana fra Otto e Novecento*, come introduzione a Vincenzo CUOCO, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, a cura dello stesso, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 1998, pp. 1-197, ma anche Id., *Vincenzo Cuoco, una vita politica*, Bari, Laterza, 1997, in part. pp. 38-56.

(29) Ivi, p. 326.

(30) Ivi, p. 329.

integralmente proprie le aspirazioni più radicate, rinunciando in partenza ad ogni strategia emancipatoria basata sulle ingenue pedagogie a cui essa si era invece affidata nel corso del triennio. Sul piano del progetto costituzionale (seconda conseguenza) ciò significa rovesciare del tutto l'impianto della democrazia rivoluzionaria: basando ora il nuovo edificio sulle uniche tipologie aggregative che il popolo è in grado di recepire — quelle proprie, cioè, della dimensione comunitario-municipale. Il locale deve dunque precedere il nazionale, tornando ad assumere in pieno quella forte connotazione politica che esso aveva sempre posseduto nel quadro della società tradizionale e che la rivoluzione invece, portando a termine l'opera avviata dall'assolutismo, ha finito per negargli del tutto. Occorre partire allora dalla ricostituzione dei corpi municipali, restituiti alla loro antica fisionomia di cellule di democrazia semidiretta a cui riservare, in forza di una specie di principio di sussidiarietà, non solo ogni competenza circa i « bisogni particolari » di ciascuna comunità, ma anche una piena potestà normativa locale in ordine ai medesimi, salvo il rispetto dovuto alle « leggi generali ed agl'interessi delle altre popolazioni »<sup>(31)</sup>. Su questa base (e siamo al terzo snodo del discorso cuochiano) sarà poi possibile gettare le fondamenta del governo nazionale: badando bene, però, di non svincolare mai del tutto gli organi che ne saranno espressione dai contesti comunitari in cui si articolano le nervature più intime della struttura sociale. In aperto dissenso con il costituzionalismo francese, secondo il quale « ciascun rappresentante rappresenta... non già il dipartimento che lo elegge, ma tutta la nazione », Cuoco sostiene che i deputati all'assemblea legislativa generale, eletti dai famosi, antichi « parlamenti » municipali del Regno di Napoli (« avanzi di antica sovranità, che la nostra nazione ha sempre difesi contro le usurpazioni dei baroni e del fisco »), debbano essere scelti in base allo stesso principio con cui « oggi la popolazione di ogni terra, riunita in parlamento, sceglie il suo avvocato, o il suo procuratore che riseder debba nella capitale »<sup>(32)</sup>. La rappresentanza nazionale, insomma, non dovrà essere altro che un'assise di procuratori comunali, vincolati dai rispettivi mandati e addirittura neppure eletti in modo

---

<sup>(31)</sup> Ivi, p. 527.

<sup>(32)</sup> Ivi, p. 538.

simultaneo, ma designati da ciascun municipio in tempi sfalsati, in modo da depoliticizzare al massimo l'atto elettorale. Ogni passo verso una maggiore astrazione, che indichi nel 'nazionale' il luogo di una identità diversa ed ulteriore rispetto alla semplice sommatoria delle varie comunità dello Stato, rischia di rendere pericolosamente incomprensibile l'intera, nuova struttura costituzionale agli occhi di tutti quei cittadini per i quali la prima patria continua a coincidere col rispettivo paese natio.

Il risultato è dunque la rimessa a modello di un'antica costituzione corporativa e policentrica, che sembra ora trovare nella « inclusione dei municipi entro l'architettura della rappresentanza politica »<sup>(33)</sup> un modo estremamente seducente per rilanciarsi verso i traguardi della modernità.

E tuttavia, non fu certo lungo una strada del genere che s'incamminarono le élites avanzate della penisola durante i quasi tre lustri successivi alla vittoria di Marengo. Molto prima che chiedere allo Stato di adeguarsi al profilo polimorfo ed arcaico di una nazione che ancora non c'era, fin dall'inizio della nuova esperienza napoleonica quelle élites si volsero piuttosto verso lo Stato stesso per chiedergli d'impegnarsi con ogni mezzo a « distruggere tutti gli antichi caratteri parziali, che mantengono in Italia il federalismo degli spiriti, base di quello dei popoli e che è stato più funesto all'Italia della oppressione delle nazioni straniere »<sup>(34)</sup>. Proprio la stessa scoperta di Cuoco — quella cioè che una nazione intesa come moderna comunità di cittadini consapevoli era, in Italia, ancora assolutamente al di là da venire — pose al centro del discorso patriottico di questi anni la necessità di produrla dall'alto mediante l'intervento di un potente Stato centralizzato, che imponesse a tutti « lo stesso linguaggio, la stessa educazione, le stesse leggi civili e coercitive, l'unione infine di tutti i mezzi di abitudine e di compres-

---

<sup>(33)</sup> Così S. MORI, *I governi delle città italiane fra antico regime e Stato nazionale: percorsi storiografici* (Parte II), in « Società e storia », 99 (2003), p. 123.

<sup>(34)</sup> Così nell'appello *Au peuple français et à ses représentants par une société de patriotes italiens réfugiés*, redatto nel luglio del 1799 da un gruppo di esuli cisalpini (B. PERONI, *Le cri d'Italie*, in « Rivista storica italiana », LXXXIII (1951), p. 46: la traduzione dal francese è mia).

sione »<sup>(35)</sup>. L'obbiettivo di realizzare quella omologazione culturale e sociale che il Triennio, coi suoi strumenti meramente politici, aveva così clamorosamente mancato, sarebbe stato ora conseguito per via amministrativa grazie all'appoggio del nuovo Stato-apparato napoleonico, all'interno dei cui quadri confluirono in massa molti di quei patrioti che avevano iniziato il proprio percorso nel periodo rivoluzionario, senza avvertire in ciò alcuna sconfessione dei principi della loro giovinezza. La parola d'ordine della nuova fase divenne allora quello di « ridurre la pasta ad omogeneo »<sup>(36)</sup> tramite un governo forte, che preparasse le condizioni per una libertà costituzionale da assaporare solo al termine di un processo necessariamente lungo. Come riconosceva ora Cuoco stesso nel dettare nel 1804 il programma del *Giornale italiano* (principale organo di stampa della Repubblica italiana di Bonaparte e di Melzi), l'obbiettivo prioritario della nuova fase non poteva essere che quello di trasformare in « cittadini di uno Stato coloro che sono nati abitanti di una provincia », « conducendoli, quasi senza che se ne avvedano, alle idee che la loro nuova sorte richiede »<sup>(37)</sup>. Una prospettiva, questa, rispetto alla quale il vecchio pluralismo istituzionale della penisola non solo non poteva fungere in alcun modo da elemento performativo, ma rappresentava piuttosto un fondamentale ostacolo sulla via della emancipazione politica.

#### 4. *Pluralismo e unitarismo nel primo Risorgimento.*

La colossale opera omologativa napoleonica, tuttavia, pur ponendo le precondizioni per il promesso approdo costituzionale, imboccò ben presto un percorso assolutamente divergente rispetto a quel tipo di esito. Quantomeno dal 1805 in poi divenne palese che il tempo di una vera costituzione si era allontanato per sempre e che

---

<sup>(35)</sup> *Ibidem.*

<sup>(36)</sup> Così Francesco Melzi d'Eril a Marescalchi alla fine del '99 (cit. in L. MANNORI, *Alle origini della costituzione del 1802*, in *La formazione del primo Stato italiano e Milano capitale*, a cura di A. Robbiati Bianchi, Milano, Istituto lombardo di Scienze e lettere, 2006, p. 102).

<sup>(37)</sup> V. CUOCO, *Scritti vari*, a cura di Nino Cortese e Fausto Nicolini, Bari, Laterza, 1924, vol. I, p. 4.

L'originaria proposta rivoluzionaria di sostituire l'antico sistema di appartenenze local-regionali con una nuova identità politica, di livello almeno virtualmente 'italiano', era naufragata in un centralismo universalistico le cui pur eccezionali valenze modernizzanti non potevano costituire un risarcimento adeguato rispetto a ciò che si era perduto per strada. Ecco perché non solo i conservatori e i legittimisti, ma anche tutta una vasta frazione di quell'area che proprio a partire dagli ultimi anni del regime napoleonico cominciò a definirsi 'liberale' salutò con sollievo il ritorno sul trono dei propri antichi sovrani, scorgendo in quel passaggio la possibilità di riappropriarsi di una libertà che il gigantismo dello Stato centralizzato napoleonico aveva negato in radice. Come avrebbe poi ricordato il piemontese Cesare Balbo (che pure nell'ambito della Francia imperiale aveva intrapreso una carriera funzionariale di primissimo livello), « invece di quel mondo, di quel caos smisurato dell'imperio francese, ove ci eravamo perduti, noi stranieri, a malgrado i decreti imperiali, ripassavamo nel nostro regno piccolo sì ma non disprezzabile per il passato, ma fecondo di speranze per l'avvenire, e sentivamo accrescersi il sentimento dell'importanza personale, e quindi l'operosità ed il coraggio »<sup>(38)</sup>.

La Restaurazione, in effetti, riproponendo, sia pure con grossi tagli d'accetta la stessa geografia (non solo polistatuale, ma a suo modo anche 'polinazionale'<sup>(39)</sup>) su cui per secoli si era innestata una pratica negoziata di governo, già suggeriva la possibilità di recuperare una tradizione costituzionale alternativa a quella d'origine francese; e ciò sullo sfondo di un rinnovato favore europeo per il patriottismo delle piccole patrie, capace di accomunare le personalità più diverse — dagli intellettuali del gruppo di Coppet ad Haller, da Tocqueville ai fratelli Grimm<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> C. BALBO, *Autobiografia*, in Ercole RICOTTI, *Della vita e degli scritti del conte Cesare Balbo. Rimembranze, con documenti inediti*, Firenze, Le Monnier, 1856, p. 359.

<sup>(39)</sup> Cfr., in proposito, il già citato volume collettaneo *Nazioni d'Italia. Identità politiche e appartenenze regionali fra Settecento e Ottocento*, in cui si offre una ricognizione del patriottismo regionale preunitario.

<sup>(40)</sup> Cfr. P. FINELLI, *Municipalismo*, in *Atlante culturale del Risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'unità*, a cura di A.M. Banti, A. Chiavistelli, L. Mannori, M. Meriggi, Bari, Laterza, 2011, p. 331 e ss.

Fin dai loro primi passi, certo, i governi restaurati si affrettarono a deludere aspettative del genere, utilizzando il vecchio involucro degli Stati regionali per ospitare al loro interno il profilo di una monarchia amministrativa molto simile, nella sostanza, a quella napoleonica, e che anzi ne accentuava le vocazioni intrusive e autoritarie. A maggior ragione, però, se il così polimorfo ideario politico di quest'Italia protoliberalista presenta un qualche denominatore comune, esso è proprio costituito dalla costante aspirazione a recuperare una libertà nel locale in cui i patrioti della più diversa origine sembrarono indicare la prima componente di ogni regime costituzionale.

Pensiamo ad esempio al modo in cui fu intesa — e per un breve periodo anche applicata — quella Carta di Cadice che, tra il secondo e il terzo decennio del secolo, costituì una sorta di vangelo comune per gran parte del mondo latomico italiano. Questo testo, pur non basandosi affatto su una esplicita derivazione del 'nazionale' dal 'locale', come quella prospettata a suo tempo da Cuoco, incontrò un successo straordinario anzitutto grazie al suo celebre sistema di elezione parlamentare indiretta a quattro gradi, nel quale è ben visibile, in germe, quella « tendenza al federalismo » in cui un osservatore disincantato dei moti del 1820, come l'ex murattiano Luigi Blanch, indicava « il vero carattere e il fine della rivoluzione di Napoli »<sup>(41)</sup>. Avviata dalle province continentali del regno, insofferenti del giogo loro imposto dalla capitale, quella rivoluzione aveva avuto come obiettivo essenziale quello di restaurare — come annotava un giornale del « nonimestre » — il « sistema antico delle municipalità »: e ciò per restituire ai cittadini una « patria » che al momento appariva formata soltanto « dal vescovo per gli ecclesiastici, dal giudice regio, dai ricevitori, dal sottintendente, dai capi di divisione e dai ministri, che tutto possono, tutto fanno e di tutto dispongono, mentre le piccole e grandi masse della nazione, che chiamansi comuni, circondarii, province sono nomi vacui di forza, di autorità e debbono esser con ferrea mano menati da persone che essi

---

<sup>(41)</sup> *Mémoire sur le Royaume de Naples* (ottobre 1822), in Luigi BLANCH, *Scritti storici*, a cura di B. Croce, Bari, Laterza, 1945, vol. II, p. 278.

non conobbero mai » (42). « Vogliamo noi la costituzione di nome o di fatto? — incalzava per tutti, sempre nella Napoli del '20, il deputato Luigi Dragonetti nel corso di un importante dibattito sull'organizzazione territoriale del regno — No, non può dessa consolidarsi se non col rendere indipendente il potere municipale e con l'infondere una vita operosa alle Deputazioni provinciali, che pochi burocrati vogliono annientare con la inazione e l'impotenza » (43). Su tutt'altro versante, una pari seduzione da parte del locale traspare dalla costituzione siciliana del 1812 — cioè da quella versione razionalizzata del costituzionalismo inglese che costituì per un buon tratto il modello di riferimento di tutti i gruppi aristoliberali della penisola (44). Benché orientato a recuperare una libertà più di ceti che di territori, quel testo si caratterizzava anche per una spiccata ostilità nei confronti della uniformità amministrativa alla francese che nel 1816 il Borbone aveva voluto imporre all'isola, puntando invece a proporre una geografia politica basata sullo stesso dualismo città/contee proprio del modello britannico e a fare dunque della Camera elettiva la rappresentante molto più di un patchwork di variegate comunità storiche che di una nazione omo-

---

(42) Così un catechismo pubblicato sulla *Biblioteca costituzionale* richiamato da A. SCIROCCO, *Il problema dell'autonomia locale nel Mezzogiorno durante la rivoluzione del 1820-21*, in *Studi in memoria di Nino Cortese*, Roma, Istituto per la storia del Risorgimento italiano, 1976, pp. 488-89.

(43) *Atti del Parlamento delle due Sicilie, 1820-1821*, a cura di A. Alberti, Bologna, Zanichelli, 1926-1931, vol. I, p. 69 (seduta del 18 ottobre 1820). Al termine di quella discussione, il Parlamento napoletano approvò l'introduzione di un Consiglio di Stato prevalentemente composto da rappresentanti delle amministrazioni provinciali e consapevolmente costruito come una sorta di Senato all'americana da affiancare all'unica camera originariamente prevista dalla costituzione mentre, se ve ne fosse stato il tempo, si sarebbe pervenuti probabilmente alla soppressione degli intendenti provinciali, cioè dei simboli stessi dell'accentramento borbonico.

(44) Sulla cultura costituzionale della 'Sicilia inglese', nell'ambito di una vasta letteratura, cfr. per tutti E. SCIACCA, *Il modello costituzionale inglese nel pensiero politico in Sicilia tra Sette e Ottocento*, in *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del '700 e la prima metà dell'800*, a cura di A. Romano, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 374-390.

genea<sup>(45)</sup>. Mentre da ultimo si può richiamare quella specie di consociazionismo microrepubblicano che costituì l'insegna istituzionale dei moti dell'Italia padano-pontificia del 1831: moti che, reduplicando il modello insurrezionale già sperimentato qui nel 1796, si svilupparono come una sollevazione a catena di medi e piccoli centri urbani, alcuni dei quali giustificarono il loro affrancamento rispetto al comune signore territoriale in base alla più classica logica vetero-contrattualista — salvo mostrarsi subito dopo assai tiepidi nel coordinarsi davvero con gli altri sollevati in quella « perfettissima unione » che pure i capi della rivolta cercarono di additare loro come obbiettivo immediato<sup>(46)</sup>.

Rispetto a questo quadro, certo, il tornante del 1830 marcò una svolta di rilievo. L'ininterrotta catena d'insuccessi, infatti, che aveva segnato per un buon quindicennio il destino di queste rivoluzioni particolari, rivelò come l'Italia della Restaurazione, a dispetto del suo carattere formalmente policentrico, costituisse già, sul piano repressivo, uno spazio sostanzialmente unitario, dominato da un « gendarme » asburgico autoinvestitosi del compito di far rispettare ad ogni costo lo status quo fissato nel 1814<sup>(47)</sup>. L'unico modo per aver ragione di un tale nemico comune, posto di traverso sul sentiero della libertà, cominciò ad apparire quello di contrapporgli un popolo intero, egualmente determinato a far valere in solido i propri diritti tramite la conquista di una compiuta indipendenza. Questa nuova prospettiva 'panitaliana', sviluppatasi da una radice di natura essenzialmente militare (quella del famoso trattato sulla guerra partigiana di Carlo Bianco<sup>(48)</sup>) e sostenuta dallo 'sdoganamento' della memoria storica della Grande Rivoluzione da parte delle *Trois*

---

(45) *Basi della Costituzione di Sicilia del 1812*, Tit. I, Cap. I, in *Le Costituzioni italiane*, a cura di A. Aquarone, Mario D'Addio, Guglielmo Negri, Milano, Ed. di Comunità, 1958, pp. 407-408.

(46) E. MORELLI, *L'Assemblea delle Province Unite italiane*, Firenze, Sansoni, 1946, *passim*.

(47) L. MANNORI, *Alla periferia dell'Impero. Egemonia austriaca e immagini dello spazio nazionale nell'Italia del primo Risorgimento (1814-1835)*, in *Gli imperi dopo l'Impero nell'Europa del 19 secolo*, a cura di M. Bellabarba, B. Mazhol, M. Verga, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 309-346.

(48) C. BIANCO DI SAINT JORIOZ, *Della guerra nazionale d'insurrezione per bande applicata all'Italia*, Italia, s.e., 1830.

*Glorieuses*, si arricchì rapidamente di un appeal eccezionale grazie al contributo di Mazzini, che innestò sul suo tronco originario il grande mito della nazione romantica. Ne scaturì una dottrina basata sul postulato che l'Italia fosse psicologicamente 'una' da moltissimo tempo, e che lo fosse anzi con una intensità tale da esser già pronta ad impegnare i propri nemici in una lotta suprema per l'esistenza politica. La sola condizione perché questa formidabile coesione riuscisse a manifestarsi effettivamente era che il popolo non fosse più indotto a pensarsi in termini plurali. Una volta eliminate le « vanità di città, di provincie, di municipii » (« passioncelle abiette e meschine che brulicano nella penisola come vermi nel cadavere d'un generoso », mantenute in vita da una « aristocrazia di località, più tremenda di quella dell'oro o del sangue »<sup>(49)</sup>), la nazione avrebbe scoperto in sé quel « segreto dell'unità »<sup>(50)</sup> che possedeva da sempre; ed allora anche una modesta « scintilla » rivoluzionaria sarebbe stata sufficiente a farla levare come un sol uomo e a spingerla ad assumere l'unica forma politica degna di lei: quella di una repubblica indivisibile, dalle Alpi alla Sicilia, a sua volta costituente più una garanzia di massima densità etica e istituzionale che un pegno di democraticità.

L'unità italiana veniva così a costituire la preconditione già virtualmente compiuta che rendeva credibile la grande rivoluzione nazionale e, al contempo, lo scopo ultimo di quella rivoluzione medesima. Quella stessa costituzione nazionale, che pure Mazzini riteneva indispensabile far adottare ad una grande assemblea costituente dopo che l'ultimo straniero fosse stato cacciato dal suolo della patria, non sarebbe stato altro che il suggello di un'unità già compiutamente conquistata nel calore della lotta di liberazione<sup>(51)</sup>. Non la costituzione, ma l'assoluta disponibilità al sacrificio di un popolo intero avrebbero fatto dell'Italia una vera nazione.

---

<sup>(49)</sup> G. MAZZINI, *Dell'unità italiana* (1833), in ID., *Scritti editi ed inediti*, vol. III, *Politica*, Milano, Daelli, 1862, p. 262. Sulle origini dell'unitarismo mazziniano, ancora insuperato F. DELLA PERUTA, *Mazzini dalla letteratura militante all'impegno politico*, già in « Studi storici », XIV (1973), p. 499 e ss., poi in ID., *Mazzini e i rivoluzionari italiani. Il Partito d'Azione (1830-1845)*, Milano, Feltrinelli, 1974.

<sup>(50)</sup> Ivi, p. 294.

<sup>(51)</sup> Sul ruolo della costituzione in Mazzini, resta fondamentale G. FALCO, *Mazzini e la Costituente*, Firenze, 1946.

## 5. *Il nuovo progetto degli anni Quaranta.*

Tuttavia, questo grandioso progetto di condensazione politica non occupò che un posto circoscritto nell'immaginario ideologico delle élites italiane <sup>(52)</sup>. Prodotto tipico di quel particolare ambiente che fu la comunità dei patrioti italiani in esilio <sup>(53)</sup>, esso poteva forse apparire credibile a chi guardava all'Italia dalle sponde del Tamigi o del Rodano, ma certo molto meno a chi continuava a vivere immerso nella multiforme realtà della penisola. Del resto, la sequenza di ininterrotti fallimenti che segnò tutto il corso dell'insurrezionalismo democratico tra gli anni Trenta e Quaranta dimostrò fin troppo bene come il popolo italiano fosse « un desiderio, e non un fatto, un presupposto e non una realtà » <sup>(54)</sup>. Spogliato dei suoi panneggi mitografici, quel popolo tornava a presentarsi — avrebbe notato più tardi il grande capofila del successivo moderatismo — come la semplice collezione degli « abitanti delle varie province d'Italia »: dai quali tutto ci si poteva attendere fuorché un colossale atto abnegativo, sincrono e coordinato, volto a « distruggere i rispettivi governi » e a far « dell'Italia uno Stato unico » <sup>(55)</sup>.

Riportato dunque lo sguardo dall'« Italia immaginaria » a quella « reale, colla sua schiena d'Appennino nel mezzo [...], colla varietà delle sue stirpi non fuse ancora in una sola, colle differenze de' suoi climi, delle sue educazioni, de' suoi cento dialetti » <sup>(56)</sup>, quei liberali che già a partire dalla fine degli anni Trenta avevano cominciato a qualificarsi come « moderati » <sup>(57)</sup> iniziarono ad elaborare un nuovo progetto: fondato sì sul rilancio a tutto campo di una nazione plurale, ma al tempo stesso animato da una consapevolezza senza dubbio nuova rispetto ai più angusti orizzonti del periodo precedente. Al di sotto delle tante frammentazioni dell'Italia dei loro

<sup>(52)</sup> Sulla recezione effettiva del mazzinanesimo cfr. soprattutto A. ARISI ROTA, *I piccoli cospiratori. Politica ed emozioni nei primi mazziniani*, Bologna, il Mulino, 2010.

<sup>(53)</sup> Su cui cfr. M. ISABELLA, *Risorgimento in exile. Italian émigrés and the liberal international in the Post-Napoleonic Era*, Oxford University Press, 2009.

<sup>(54)</sup> V. GIOBERTI, *Del Primato morale e civile degli italiani* (1843), Milano, Bocca, 1938, p. 71.

<sup>(55)</sup> *Ibidem*.

<sup>(56)</sup> A. ROSMINI, *La costituzione secondo la giustizia sociale*, Firenze, Ducci, 1848.

<sup>(57)</sup> A. CHIAVISTELLI, *Moderati/Democratici*, in *Atlante*, cit., pp. 115-133.

anni, infatti, i moderati cominciarono a cogliere il primo emergere di una sfera pubblica nazionale, favorita dallo sviluppo, già tra anni Venti e Trenta, di un mercato editoriale a vocazione generalista in rapida espansione. Si trattava di un pubblico criticante ancora embrionale, il cui nucleo principale non corrispondeva certo, come notava nel 1831 un collaboratore della *Antologia* vieusseiana, alle « avanguardie delle capitali », ma piuttosto ai « possidenti di campagna », ai « legali delle minori città », « agli impiegati ne' minori uffizi » e in genere a tutte quelle « persone meticolose » che si stavano avvicinando ad una prima emancipazione culturale da una sponda ancora vicina alla erudizione del secolo precedente <sup>(58)</sup>. La scommessa degli anni Quaranta consistette appunto nel mobilitare questa specie di maggioranza silenziosa confezionando per essa un discorso politico basato non più su rivoluzioni palinogenetiche e su sublimi scatti di eroismo, ma su prudenti programmi riformatori. Privo di qualunque connotazione iniziatica, quel discorso era pensato per essere offerto e consumato in pubblico ed in forme il più possibile legali: puntando esso a modificare lo status quo mediante la semplice formazione di una « opinione nazionale italiana » che avrebbe dovuto liberalizzare la penisola e insieme ravvicinarne le parti costitutive grazie alla semplice pressione mediatica esercitata sui rispettivi governi.

Non stupisce allora che un progetto del genere sia tornato, sulle orme di Cuoco, a cercare anzitutto i propri fondamenti nello storico pluralismo municipale del paese. Spesso addotta a riprova del carattere provinciale della nascente classe dirigente liberale italiana, questo tipo di tendenza segue in realtà un sentiero certo non ignoto anche al grande liberalismo europeo, impegnato in quegli stessi anni a cercare nella strutture solidaristiche delle società locali una possibile via di fuga dai rischi della *société en poussière* postri-

---

<sup>(58)</sup> F. FORTI, *Osservazioni intorno agli officii della critica letteraria*, in « *Antologia* », 1831, poi anche in ID., *Scritti vari*, Firenze, Cammelli, 1865, p. 623. Sulla formazione del pubblico e sulle sue funzioni nell'Italia preunitaria, A. CHIAVISTELLI, *Dallo Stato alla nazione. Costituzione e sfera pubblica in Toscana dal 1814 al 1849*, Roma, Carocci, 2006; D. BRUNI, *Introduzione a Potere e circolazione delle idee. Stampa, accademie e censura nel Risorgimento italiano*, a cura dello stesso, Milano, FrancoAngeli, 2007; M. MERIGGI, *Opinione pubblica*, in *Atlante*, cit., pp. 149-162.

voluzionaria. La voce di questo tipo che forse più contribuì ad orientare in tale direzione la riflessione politica italiana fu quella di Jean-Charles Sismondi — il grande amico dell'Italia la cui *Histoire des Républiques italiennes au Moyen âge* tanto aveva concorso, nei decenni precedenti, a modellare l'identità dell'Italia risorgimentale. Nel 1836, tornando ai suoi giovanili interessi di scienziato politico, Sismondi pubblicava un volume (tradotto in italiano tre anni dopo <sup>(59)</sup>) in cui, rilanciando un costituzionalismo a base schiettamente storicista, indicava appunto nella cellula municipale l'unica, solida base di ogni governo rappresentativo. Deprecati duramente i modelli costituzionali di derivazione franco-rivoluzionaria, nei quali la rappresentanza nazionale scaturiva da anonime « processioni di elettori accorrenti a deporre il loro suffragio nell'urna » <sup>(60)</sup>, egli sosteneva invece che ogni assemblea nazionale avrebbe dovuto promanare « da corpi già esistenti », in modo che i singoli deputati giungessero in Parlamento « imbevuti delle opinioni dominanti ne' loro Comuni » e « pienamente edotti di ogni loro interesse » <sup>(61)</sup>, secondo il sempre seducente esempio offerto dalla pratica costituzionale inglese. « Il Comune non è cosa reale o fantastica — insisteva ancora il ginevrino —; è la vera patria, la patria che si vede, la patria di cui si conoscono tutte le parti, che fa impressione a tutti i nostri sensi » <sup>(62)</sup>. Non solo era perciò fisiologico che l'autogoverno trovasse qui il proprio baricentro ben prima che nell'astratta dimensione nazionale, ma era anche doveroso raccomandare a quei popoli a cui restava ancora negata la libertà politica di cominciare col rivendicare intanto una più ampia autonomia a livello locale, per poi

---

<sup>(59)</sup> *Études sur les constitutions des peuples libres*, Paris, Treuttel et Würtz, 1836; *Studi sulle costituzioni dei popoli liberi*, Capolago, Tipografia elvetica, 1839. Su questa fase più tarda del costituzionalismo sismondiano, Francesca SOFIA, *Formes constitutionnelles et organisation de la société chez Sismondi*, in *Coppet, creuset de l'esprit libéral: les idées politiques et constitutionnelles du groupe de madame de Staël*, Aix-Marseille, PUAM, 2000, pp. 55-73; P. SCHIERA, *Ipotesi sul pensiero costituzionale di Sismondi*, in *Sismondi e la civiltà toscana*, a cura di Francesca Sofia, Firenze, Olschki, 2001, pp. 125-144; L. JAUME, *La conception sismondienne du gouvernement libre comparée à la vision française*, ivi, pp. 213-230.

<sup>(60)</sup> *Studi*, cit., p. 112.

<sup>(61)</sup> Ivi, p. 97.

<sup>(62)</sup> Ivi, p. 84.

avanzare richieste più ambiziose man mano che la loro capacità di autogoverno si venisse rafforzando <sup>(63)</sup>. Mentre infine il nostro autore abbinava a questo gradualismo, sia a livello locale che centrale, una concezione della rappresentanza di sapore organicistico e corporativo, ricca di intarsi derivati dall'esperienza dei Comuni medievali italiani.

Sabbia molle e disciolta si è l'individualità sgranata — faceva eco a Sismondi, in quegli stessi anni, un altro riconosciuto *maître à penser* dell'Italia preunitaria, il piacentino Gian Domenico Romagnosi, anch'egli difficilmente sospettabile di intenzionale passatismo. Potenza unita, vigente e con costante istinto di libertà si è la persona morale della corporazione. Niun altro mezzo a prevenir le usurpazioni esiste fuorché le nomine collegiali dei deputati parlamentari da farsi nei municipi <sup>(64)</sup>.

Fu dunque su un retroterra del genere che, a partire dalla pubblicazione del *Primato* giobertiano, iniziò a prender forma il progetto neoguelfo di un'Italia basata tutta sul « principio federativo ». Ogni Stato, sosteneva Gioberti, quale che fosse la sua apparente struttura interna, non era e non poteva essere altro che una « confederazione di repubblicette » municipali, « temperate ad aristocrazia monarchica » <sup>(65)</sup>; e lo stesso « divario esterno », che secondo l'abate piemontese chiamava in modo così evidente i vari Stati italiani ad unirsi in una lega nazionale, non era che la prosecuzione di quel federalismo 'interno' in base al quale ogni municipio, rimanendo « libero e sovrano » in tutti i compiti che può assolvere da solo, mette a comune con gli altri ciò soltanto a cui « la tutela dell'ordine generale e la scienza governativa » lo obbligano a rinunciare <sup>(66)</sup>. Rovesciando dunque l'approccio rivoluzionario al problema istituzionale, il terreno su cui giocare la partita decisiva

---

<sup>(63)</sup> Questo era appunto il tema dell'ultima parte del libro (*De' progressi dei popoli verso la libertà*, p. 257 e ss.), quasi esplicitamente dedicata a tracciare una strategia moderata per il coevo liberalismo italiano.

<sup>(64)</sup> Così nelle *Istituzioni di civile filosofia, ossia di giurisprudenza teorica*, opera composta nella seconda metà degli anni Venti, ma pubblicata postuma nel 1839 presso l'editore fiorentino Piatti (il passo cit. è nel vol. I di questa edizione, a p. 550).

<sup>(65)</sup> GIOBERTI, *Primato*, cit., vol. I, p. 82.

<sup>(66)</sup> *Ibidem*.

per la conquista della libertà non era quello del potere centrale (luogo di funzioni più di mediazione e controllo che di vero e proprio comando) bensì quello della periferia, come sede storica della vita civile italiana. Una volta liberati i comuni dalle pastoie che li avevano ridotti a meri organi esecutivi dello Stato e resi più o meno direttamente elettivi i rispettivi consigli, tutto il resto sarebbe venuto di conseguenza. La questione, in particolare, della rappresentanza politica risultava ampiamente sdrammatizzata, giacché un ordinamento plurale come quello giobertiano non aveva bisogno, per esistere, di vedersi impersonato da un parlamento che ne esprimesse unitariamente la volontà. Ad esso era sufficiente, al centro, la presenza di un saggio monarca che garantisse i diritti dei vari corpi intermedi e che ne coordinasse l'attività, col supporto di una rappresentanza di territori e di categorie sociali chiamata a sottoporgli le richieste dei sudditi e ad assoggettare l'attività del suo governo ad un qualche controllo sociale. Un modello, in sostanza, in cui riviveva l'assetto tipico degli Stati premoderni, con le loro assemblee corporative addette, più che a rappresentare la società, a 'presentare' quest'ultima al sovrano, nella varietà delle sue componenti e dei suoi bisogni.

Lungo questa linea si consumò dunque, nei cinque anni successivi, tutta la breve, ma intensa parabola neoguelfa. Grazie ad un coordinamento fino ad allora assolutamente impensabile tra i liberali della penisola, essa riuscì ad innestare credibilmente sulla proposta di questo 'Stato delle autonomie' la pubblica richiesta, rivolta ai sovrani italiani, d'introdurre nei rispettivi ordinamenti certe forme di rappresentanza consultiva che, pur lasciando intatta la sovranità nelle loro mani, avrebbero dovuto poi condurre verso una graduale parlamentarizzazione; col risultato di tracciare un percorso verso la costituzione esente da tutte quelle fratture che avevano segnato l'esperienza della gran parte degli Stati occidentali<sup>(67)</sup>. Ad assicu-

---

(67) Un'acuta analisi di questo programma in R. ROMANELLI, *Nazione e costituzione nell'opinione liberale avanti il '48*, in *La rivoluzione liberale e le nazioni divise*, a cura di P.L. Ballini, Venezia, Istituto veneto di lettere ed arti, 2000, pp. 271-304 (poi anche in ID., *Importare la democrazia. Sulla costituzione liberale italiana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009), alla quale hanno fatto seguito, tra gli altri, L. MANNORI, *Le Consulte di Stato*, in «Rassegna storica toscana», XLV (1999), num. monografico

rare una larga popolarità a questo disegno fu proprio la sua almeno apparente finalità restaurativa di un ordine già caratteristico dell'Italia tardo-medievale, nel quale il pubblico della penisola era già abituato a riconoscere il proprio patrimonio storico-identitario più tipico. Come notava per tutti il toscano Leopoldo Galeotti, il senso della proposta stava proprio nel riannodare le fila di un passato in cui lo Stato « non formava un tutto meccanicamente ordinato », ma un conglomerato di città e di signorie « aventi una loro esistenza propria » e rispetto al quale la soggezione al comune signore non equivaleva a « perdita della libertà, ma a mezzo di protezione legale e di sicurezza » (68). Quel modello aveva cominciato a corrompersi a partire dal Rinascimento, quando, com'era accaduto tipicamente nell'ambito dei domini pontifici, papi e vescovi si erano incamminati lungo il solco delle grandi monarchie europee, convertendosi da paterni tutori dei loro popoli in « inventori di tasse, e generalissimi di milizie e... incitatori di sbirri » (69). Se in quel momento fatale le città della Chiesa, « anziché dibattersi fra le fazioni domestiche, avessero meglio atteso alla difesa dei privilegi; se fra le città e i nobili si fosse stabilito un patto d'unione e di reciproci accordi, tal che i parlamenti di cui trovansi l'uso e la menzione di questi tempi, avessero potuto assumere la forma di permanenti istituzioni; avrebbe potuto sperarsi allora che l'organizzazione municipale... servisse di base ad una costituzione politica forte, stabile e giustamente organizzata » (70). Proprio una costituzione di quel tipo si trattava ora di ricostruire. Proponendosi come una esplicita alternativa rispetto al costituzionalismo di ascendenza anglo-francese, essa avrebbe dovuto dar voce non ad una nazione d'individui, ma di

---

dedicato a *Le riforme del 1847 negli Stati italiani*, pp. 347-349 e T. KROLL, *La rivolta del patriziato. Il liberalismo della nobiltà nella Toscana del Risorgimento*, Firenze, Olschki, 2005, pp. 217-271.

(68) *Della sovranità e del governo temporale dei Papi*, Parigi, Guiraudet e Jouast, 1846, p. 58. Per inquadramento della personalità di questo tipico moderato toscano cfr. L. MANNORI, *L'evoluzione politica di Leopoldo Galeotti dalla Toscana all'Italia*, in *Nascita di un liberale. Leopoldo Galeotti tra locale e nazionale in una antologia di scritti*, a cura di A. Chiavistelli, V. Gabrielli, L. Mannori, Pistoia, Gli Ori, 2013, pp. 9-61.

(69) Così G. CAPPONI, *Sulle condizioni della Romagna*, Lugano, Tipografia della Svizzera italiana, 1846, p. 160.

(70) GALEOTTI, *Della sovranità*, cit. p. 58.

corpi, e così respingere nettamente il principio della sovranità popolare in tutte le sue forme per riaffermare soltanto, accanto a tutti i tradizionali diritti dei monarchi, quelli altrettanto intangibili della famiglia e del comune e consentendo a questi ultimi di « far sapere ciò cui deve provvedere il governo » tramite uno stabile canale di comunicazione col centro. Come avrebbe ricordato più tardi un altro protagonista di questa stagione, il romagnolo Luigi Carlo Farini, un assetto del genere avrebbe introdotto, in luogo del sistema delle « Antipatie » caratteristico del « cosiddetto ordine costituzionale dei moderni », un ordine delle « Armonie » in cui ogni parte dell'antica società organica sarebbe stata restituita alla sua sede naturale ed avrebbe recuperato una perfetta comunione con le altre <sup>(71)</sup>.

#### 6. *Apogeo e crisi del costituzionalismo municipale.*

Forte di questo suo appeal casereccio e tranquillizzante, capace di promettere una transizione 'dolce' verso la modernità, il progetto della monarchia municipal-consultiva non solo acquistò una straordinaria popolarità nel corso del biennio prequarantottesco, ma sembrò giungere vicinissimo a trasformarsi in realtà nei tre Stati della penisola — Pontificio, Toscano e Sardo — che più vennero lambiti dal vento di riforma impresso dalla ascesa al soglio di Pio IX. In tutti e tre questi contesti, nella seconda parte del 1847 i rispettivi governi, spinti da un'opinione pubblica che i primi provvedimenti di liberalizzazione della stampa avevano reso via via più audace, finirono per prendere in seria considerazione l'ipotesi d'introdurre una assemblea consultiva generale espressa, secondo varie procedure, da comuni e province, e destinata a affiancare il sovrano nella sua quotidiana attività di governo. A dispetto della estrema prudenza che aveva ispirato questi interventi, escludendo ovunque, in particolare, l'introduzione di un vero e proprio regime elettivo per la nomina dei rispettivi deputati, la stampa liberale vi lesse la tacita promessa di una sorta di costituzione rappresentativa

---

(71) Così in una lettera al cardinale Amat del 17 febbraio 1848, nell'offrire una retrospettiva del precedente percorso riformista (*Epistolario*, a cura di L. Rava, Bologna, 1891, vol. II, pp. 98-99).

a base municipale, già destinata ad evolversi, presto o tardi, verso il traguardo di un sistema, come allora si diceva, di tipo « deliberativo »; mentre l'ampio e trasversale consenso riscosso da questa idea tra fine '47 e inizio '48 parve sul punto di candidarla davvero a divenire la base di un nuovo diritto pubblico italiano ormai dietro l'angolo <sup>(72)</sup>.

E tuttavia quando, ai primi di febbraio del '48, i sovrani della penisola, stretti nella morsa di un'opinione pubblica ormai non più governabile, si videro finalmente costretti al grande passo di concedere una costituzione, il modello municipale sembrò perdere d'un tratto tutte le sue attrattive anche agli occhi di molti che fino a poco prima ne erano stati fieri sostenitori. Pensiamo solo al clamoroso voltafaccia del gruppo toscano facente capo al barone Ricasoli: il quale gruppo, dopo aver teorizzato a lungo che, per una terra di antiche autonomie quale la Toscana, nessun altro ordinamento era da preferirsi a quello in cui la rappresentanza nazionale si appoggiasse « sulle comunità costituite a libero governo del paese », nei giorni immediatamente precedenti la concessione dello Statuto si scagliò di punto in bianco contro la commissione costituente presieduta dal comune amico Gino Capponi, che ancora accarezzava il vecchio disegno, accusandola di nutrire « la puerile vanità di fare una costituzione sostanzialmente diversa da tutte le costituzioni delle monarchie temperate da che mondo è mondo. La Toscana non può avere e non ha il Galileo che trovi un diverso equilibrio dei poteri politici da quello che è stato praticato ed approvato da' tempi di Aristotele a' nostri. I nomi possono essere toscani, la cosa è di tutti i popoli civili » <sup>(73)</sup>. Stanco di sentir « parlar sempre di municipi e di anticaglie leopoldine » (ché in effetti proprio alla vecchia costituzione inattuata di Pietro Leopoldo ci si era rifatti, negli anni e nei mesi precedenti, per sostenere il modello dello Stato municipale), lo stato maggiore dei liberali toscani comprese d'un tratto che era assai preferibile, per esso, indossare l'abito di una moderna borghesia europea abbracciando una costituzione alla francese piuttosto che

---

<sup>(72)</sup> Per un efficacissimo profilo di tutta la vicenda, M. MERIGGI, *Gli Stati italiani prima dell'unità*, Bologna, il Mulino, 2002, cap. V (« Un costituzionalismo municipale »), pp. 155-180.

<sup>(73)</sup> Così il giornale *La Patria* del 12 febbraio 1848.

continuare a viverci come un piccolo ceto di *rentiers* privilegiati entro l'asfittica cornice della vecchia Toscanina <sup>(74)</sup>.

Ma a segnare la sorte del vecchio modello non concorse soltanto, ora, quello stesso profumo d'antan che pure aveva tanto giovato alle sue precedenti fortune. Il fatto è che il modello recava in sé una contraddizione di fondo che, rimasta più o meno ambiguamente sotto traccia negli anni passati, non era più possibile ignorare nel momento in cui esso si accingeva a trasformarsi in una concreta realtà istituzionale. Una rappresentanza della nazione a base municipale, infatti, poteva risultare adeguata rispetto ad una missione istituzionale di tipo consultivo, ma cessava subito di esserlo quando la si fosse voluta chiamare a sostenere la parte di un vero parlamento sovrano: come ormai era chiaro che stava avvenendo nella temperie quarantottesca. A cogliere questo limite meglio di ogni altro fu Camillo Cavour, nel primo dei suoi celebri interventi giornalistici sul tema della legge elettorale piemontese. Stimolato da quanto stava accadendo in quell'inizio di febbraio tra Roma e Firenze, dove la strada della monarchia municipale era ancora in agenda, Cavour impugnò la penna per lanciare una definitiva scomunica contro « la funesta idea d'innalzare sull'ordinamento dei Consigli comunali una Consulta deliberativa » <sup>(75)</sup>. Reso un formale omaggio a chi si era impegnato, negli anni precedenti, ad immaginare una costituzione il più possibile conforme alle tradizioni cittadine del paese, l'autore proseguiva però subito dopo ricordando come l'essenza della libertà dei moderni consistesse proprio nel permettere ai popoli di « esercitare tutti i diritti politici senza essere costretti a ricorrere al pericoloso espediente di dividersi in una moltitudine di piccole associazioni ». Rovesciando il quadro di valori giobertiano, egli dichiarava senza mezze misure che non appena, nella storia italiana, il legittimo amore per la propria piccola patria si era convertito in « municipalismo », cioè in rifiuto o in opposi-

---

<sup>(74)</sup> Così Vincenzo Salvagnoli, altro esponente di spicco del medesimo gruppo, in una corrispondenza con Cesare Balbo successiva di pochi giorni (in Ettore PASSAMONTI, *Alcuni documenti inediti sulla costituzione toscana del 1848*, in « Rassegna storica del Risorgimento », XV (1918), p. 676.

<sup>(75)</sup> *Gli scritti del Conte di Cavour*, a cura di D. Zanichelli, Bologna, Zanichelli, 1892, vol. I, p. 39 e ss.

zione ad una patria più vasta, esso si era trasformato in « un'istituzione funesta ». Alla base della rinascita del paese doveva stare quindi la distinzione (ignota alla cultura premoderna) tra politica e amministrazione. E ciò significava dichiarare in maniera inequivoca che « i Consigli comunali non debbono costituire corpi politici indipendenti », come si sarebbe per forza arrivati ad ammettere invece « col costituire l'elemento municipale base del sistema elettorale politico ». Lasciare ai Consigli comunali il compito di eleggere i rappresentanti della nazione avrebbe significato reintrodurre in sostanza il mandato imperativo, per un verso condannando così all'impotenza il parlamento e per un altro inquinando irrimediabilmente la vita amministrativa locale, nell'ambito della quale ogni scelta sarebbe stata condizionata da un intrico di pregiudiziali politiche. Solo affidando la designazione dei deputati nazionali a un elettorato non di corpi ma d'individui, e per giunta accuratamente distinto da quello amministrativo, sarebbe stato possibile ottenere un corretto sistema rappresentativo, in cui nazionale e locale si integrassero costruttivamente.

A conclusioni di questo genere finì per approdare, in un modo o nell'altro, la gran parte del liberalismo quarantottesco italiano. Il quale si trovò a prendere atto di come la proposta municipal-consultiva, proprio in ragione della sua ambigua identità, in bilico tra una vecchia assemblea di ceti ed un parlamento moderno, tendeva a rendere incerta la collocazione della sovranità e ad alimentare così un senso di precarietà istituzionale che era proprio l'inverso di quella tranquilla stabilità che ne avrebbe costituito il pregio più saliente secondo i suoi promotori. L'adozione quasi contemporanea, nella gran parte degli Stati italiani, di costituzioni modellate sullo schema delle *Chartes* (censitarie quanto si vuole, ma pur sempre basate sul principio di una indivisibile sovranità nazionale) finì quindi per assegnare alla vicenda delle costituzioni municipali una sorta di « esito paradossale »<sup>(76)</sup> — quello cioè che le condannò ad abbandonare bruscamente la scena proprio nell'atto in cui esse sembravano giunte a un passo dal successo.

---

(76) FINELLI, *Municipalismo*, cit., p. 339.

7. *Dall'« unità » all'« unificazione ».*

Questo scacco, certo, non segnò l'accantonamento di ogni progetto d'Italia plurale — ché anzi l'ideario patriottico continuò, almeno fino al tornante del 1860-61, ad orbitare in buona misura attorno ad una configurazione composita della penisola. Dal '48 in poi, tuttavia, la nostra vicenda imbocca una parabola discendente, in cui il pluralismo è sempre meno avvertito come un valore e sempre più come un limite oggettivo alla capacità di realizzare un modello di tipo diverso. Una testimonianza eloquente di questo cambio di passo è offerta proprio dal personaggio che forse più d'ogni altro aveva contribuito alle fortune del disegno municipal-federale pre-quarantottesco: cioè da quel Vincenzo Gioberti che, profondamente deluso dagli esiti del biennio rivoluzionario italiano, già nel 1851 predice un futuro le cui direttrici non potranno che essere totalmente divergenti da quelle proprie della stagione riformatrice. Già il titolo stesso dell'opera a cui l'abate consegna questa riflessione — *Del Rinascimento d'Italia* — marca appunto un discrimine netto rispetto al tempo di quel « Risorgimento » quarantottesco che avrebbe dovuto corrispondere ad una rigenerazione dal basso della nazione, basata sulla convergenza spontanea dei suoi vari elementi costitutivi. Non errato nella sua concezione, ma pervertito da coloro che avrebbero dovuto attuarlo, il disegno « risorgimentale » era naufragato sugli scogli di un'Italia fatta di principi spergiuri e di demagoghi fanatici, ma soprattutto di « politici da municipio » — cioè di liberali immaturi, ancora tutti chiusi nelle loro appartenenze local-regionali e proprio per questo sordi ad ogni richiamo autenticamente nazionale. La disastrosa esperienza del '48-'49, segnata non solo dalle inconciliabili divergenze tra i vari Stati italiani, ma anche dagli endemici conflitti intestini tra le loro componenti interne (Palermo contro Napoli, Messina contro Palermo, Bologna contro Roma, Livorno contro Firenze, Genova contro Torino, le città lombarde e venete contro i loro due storici capoluoghi e via dicendo), aveva dimostrato ormai come la « mirabile concordia » del precedente biennio riformatore fosse stata solo un breve miraggio. « Gli ordini federativi senza centralità politica, non che essere la miglior forma di Stato, come alcuni stimano, sono anzi la peggiore... giacché tante sono le opinioni e gli interessi quanti sono gli stati che

compongono la lega » (77). E proprio da questa nuova presa d'atto « apparisce il divario che dee correre in ordine all'unione tra il Risorgimento e il Rinnovamento » (78). Mentre l'uno aveva puntato a realizzare una federazione italiana (tanto di comuni quanto di Stati) come primo passo verso un'ulteriore e più piena unità, il secondo invece, constatato fallimento di questa strategia gradualistica, avrebbe dovuto puntare subito a quel « bene maggiore » per raggiungerlo non più tramite un impossibile accordo unanime « di ordini, di uomini e di classi », bensì grazie a un intervento dall'alto, necessariamente affidato a quell'unico Stato italiano « egemone » — il Piemonte — che aveva mantenuto fede al proprio impegno costituzionale.

La storia del periodo successivo si sarebbe dipanata appunto lungo questa direttrice. All'inizio degli anni Cinquanta ancora assolutamente nebulosa, essa avrebbe assunto un profilo via via più definito nel corso di quel decennio: come segnala l'emergere di una novità lessicale di rilievo, costituita dalla sostanziale espunzione dal vocabolario politico liberale del termine « unione » e dalla parallela conversione di « unità » in « unificazione ». Abbandonata infatti ormai del tutto la prospettiva « unionista » propria della fase quarantottesca, quel vocabolario non poteva però neppure appagarsi di un'espressione come « unità » che, nella sua originaria accezione democratica, richiama una condizione già esistente e tale da richiedere solo un atto di riconoscimento e di proclamazione. « Unificazione », invece, evocava la situazione di un popolo che ancora unito non era e che avrebbe potuto raggiungere tale stato solo grazie all'opera di un soggetto esterno, al termine di un processo più o meno lungo e laborioso. Il ricorso all'autorità avrebbe così sostituito un impegno collettivo rivelatosi ormai cronicamente insufficiente alla bisogna. Diffusa anzitutto dai manifesti della Società Nazionale, quella parola confessava in sostanza che l'Italia non avrebbe mai potuto divenire 'una' senza il concorso decisivo di uno Stato-apparato — dei suoi eserciti, della sua diplomazia e delle sue finanze —, impersonato che fosse da un grande leader parlamentare oppure da quel « re-dittatore » dal piglio militaresco, come quello a cui

---

(77) *Del rinnovamento civile d'Italia*, Torino-Parigi, Bocca, 1851, vol. II, p. 36.

(78) *Ivi*, p. 37.

andavano i pensieri di parecchi democratici rifluiti nel campo filo sabardo (« che farà il re-dittatore? Ci *unificherà* col dire: ‘popoli italiani! Stringetevi tutti intorno a me... Accorrano d’ogni parte le vostre legioni ad ingrossare l’esercito mio, che non è più esercito piemontese soltanto, ma esercito italiano. Io sono con voi’ » (79)).

Con tutto ciò, la bandiera pluralista non venne disertata da tutti. A raccoglierla e a rinnovarne anzi i fasti fu ora una frangia repubblicana che, proprio in antitesi al nuovo unitarismo dittatorio proprio di questa stagione, tornò invece a cercare le ragioni profonde della democrazia in un autogoverno popolare spontaneo, radicato anzitutto nella dimensione locale. La lezione che quegli uomini avevano tratto dal Quarantotto era l’esatto opposto di quella propria del mainstream liberale. Ad una unità che partiva comunque dall’alto, che supponeva sempre « capi e dittatori » e che riduceva « la democrazia a una questione di terra e di guerra » (80), essi contrapposero un federalismo di nuovo conio, fondato sul diritto di ogni città e di ogni territorio a decidere sovranamente con chi unirsi e come farlo. Rispetto alle precedenti proposte di ordine plurale, questa individuava il suo *proprium* anzitutto nell’espungere dal suo disegno ricostruttivo la presenza dei vecchi Stati regionali. Non diversamente da Mazzini, anche i federalisti repubblicani trovavano le radici della loro fede democratica nel grande mito delle libertà medievali; e proprio per questo vedevano negli Stati principeschi che le avevano uccise il principale nemico da eliminare. Lungi dal costituire, come per i moderati prequarantotteschi, le unità mediane destinate a condurre l’Italia dei municipi a farsi nazione, quegli Stati erano ora additati come i principali responsabili delle artificiose discordie che l’avevano mantenuta divisa per secoli (81). Perciò

---

(79) Così D. MANIN, *La questione italiana*, V, (« Il Diritto », 15 agosto 1856), in D. MANIN, G. PALLAVICINO, *Lettere*, Torino, Utet, 1859, p. 169.

(80) G. FERRARI, *La federazione repubblicana*, in Id., *Scritti politici*, a cura di Silvia Rota Ghibaudi, Torino, Utet, 1973, p. 339.

(81) Tale posizione, invero, non era propria di tutti i federalisti repubblicani: per una esposizione più articolata, che qui non vi è spazio per svolgere, ma che a grandi linee conforta quanto sintetizzato nel testo, L. MANNORI, *Quale federalismo per la cultura politica risorgimentale?*, in *Ai confini dell’Unità d’Italia. Territorio, amministrazione, opinione pubblica*, a cura di L. Blanco, Trento, Fondazione del Museo storico trentino, 2015, p. 66-76.

appunto, scriveva Cattaneo, « tra la padronanza municipale e la unità nazionale non si deve frapporre alcuna sudditanza o colleganza intermedia, alcun partaggio, alcun Sonderbund »<sup>(82)</sup>. Una volta soppressi questi « sonderbundi d'Italia » e venute meno, con essi, le ragioni prime delle divisioni tra i popoli della penisola, l'Italia si sarebbe ricomposta nella forma che le sue cellule di base, democraticamente costituite, avrebbero liberamente determinato ed alla quale avrebbe corrisposto per definizione l'ordinamento più solido che si potesse per essa ottenere. Ricca di una carica seduttiva che avrebbe conservato fino ad oggi, questa proposta di collegare immediatamente « le città in nazione » era d'altra parte inevitabilmente fragile. Fare dell'Italia una grande Svizzera poteva costituire una sfida intellettuale brillante, ma non un programma politico praticabile per un paese così vasto, diversificato e conflittuale; e il federalismo repubblicano esaurì in effetti la sua parabola vitale nell'arco degli anni Cinquanta — salvo riproporsi poi con un suo vigore nel contesto postunitario, ma ora come semplice ideologia di opposizione rispetto alle scelte ormai definitive compiute all'inizio del decennio successivo.

#### 8. *Al tornante dell'unità: il governo dal centro.*

All'inizio del '59, dunque, cosa restava ancora dell'alternativa pluralista? Sul piano di una progettualità di ampio respiro, fondata su opzioni consapevoli ed esplicite, ormai non molto. Superata la stagione delle rivoluzioni spontanee e delle costituzioni ad impianto locale, continuare ad investire su un tipo di ordine costruito tutto a partire dalla pluralità delle sue parti non aveva più molto senso. Libertà e indipendenza apparivano sempre più come benefici che solo un unico centro — inevitabilmente costituito dal Piemonte costituzionale — avrebbe potuto assicurare al resto della penisola.

Detto questo, è pur vero che un'autentica fede unitarista era, ancora a quell'altezza, patrimonio di gruppi circoscritti, mentre il termine stesso « unificazione » risultava sufficientemente elastico da

---

<sup>(82)</sup> C. CATTANEO, *Considerazioni sulle cose d'Italia nel 1848*, in ID., *Il 1848 in Italia, Scritti 1848-1851*, a cura di Daniela Casteluovo Frigessi, Torino, Einaudi, 1972, p. 324.

lasciare aperti parecchi futuri possibili. Lo stesso apparente buon senso suggeriva che il processo unificatore si sarebbe realizzato per gradi e probabilmente in tempi abbastanza lunghi da offrire la chance di recuperare qualcosa dei vecchi disegni autonomistici prequarantotteschi. Così, per esempio, in quella Toscana che il giorno stesso dello scoppio della guerra austro-sarda aveva cacciato dal trono Leopoldo II e proclamato la propria adesione alla causa piemontese, non pochi erano coloro che ancora puntavano a fare di Firenze la capitale di un vasto Stato della media Italia, intermedio tra quello padano e il regno meridionale, confederato sì con Torino ma ispirato ad un tipo di « governo casalingo, liberissimo nelle parti » e « ridotto alle cose sostanziali »; « un governo poco costoso alla svizzera o piuttosto alla antica italiana, che bisogna rifare o piuttosto rendere imitabile da tutti, se si vuole uscire dalle pastoie della centralità francese e conciliare la libertà colla autorità »<sup>(83)</sup>.

Nell'arco di pochi mesi, tuttavia, prospettive del genere si rivelarono del tutto inattuati. Ad archiviarle bastò un episodio come quello di Villafranca (l'accordo tra Francia ed Austria per reintrodurre nei Ducati italiani i sovrani che ne erano stati espulsi pochi mesi prima), che rivelò d'un tratto come qualsiasi Italia pluristatuale avrebbe continuato ad essere ostaggio perpetuo dei suoi potenti vicini. Come avrebbe ricordato per tutti più tardi il deputato Sebastiano Tecchio in una celebre occasione parlamentare, di fronte ad una prospettiva del genere « non si trovò scampo e salute per noi altro che nell'*unità* » — una unità forse per molti più subita che cercata, ma che si manifestò come una scelta ineludibile in quanto costituente « il mezzo, il simbolo della forza »<sup>(84)</sup>.

Da questo momento in poi, « la formazione dello Stato grosso, col Piemonte, colla Toscana, con quanta più roba si potrà farci entrare, più grosso che si possa fare dalle Alpi in giù », come si esprimeva un

---

<sup>(83)</sup> Così Raffaello Lambruschini — esponente di punta del cattolicesimo liberale toscano — a Bettino Ricasoli, il 26 maggio 1859, in B. RICASOLI, *Carteggi*, a cura di Mario Nobili, Silvio Camerani, Roma, Istituto storico italiano per la storia moderna e contemporanea, 1940-1962, vol. VIII, p. 116.

<sup>(84)</sup> Così nella relazione parlamentare, presentata appunto da Tecchio alla Camera dei Deputati il 22 giugno 1861, con la quale la commissione da lui presieduta respinse il progetto regionalista minghettiano, in A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, Venezia, Neri Pozza, 1962, p. 409.

autonomista convertito<sup>(85)</sup>, divenne davvero l'orizzonte comune della gran parte dei liberali del centro-nord. Al tempo stesso, questo scatto di consapevolezza circa la necessità di una vera unione politica si abbinò alla diffusa convinzione che il nuovo ordinamento nazionale avrebbe dovuto garantire non solo la più ampia autonomia comunale e provinciale, ma anche la conservazione di un 'terzo livello' di territorialità amministrativa, almeno virtualmente corrispondente ai soppressi o sopprimendi Stati preunitari. Solo tale condizione, in effetti, sembrava capace di differenziare nettamente ciò che si andava costruendo dal deprecattivissimo sistema ministerial-prefettizio francese e dunque di testimoniare in modo inequivoco come il processo di costruzione nazionale italiano fosse riuscito a tenere in qualche modo fede alle sue originarie premesse « discentratrici ». Al contrario, nell'arco di un paio d'anni il parlamento del nuovo Stato si trovò ad adottare un calco quasi perfetto di quello stesso modello transalpino che la gran parte dell'opinione pubblica italiana aveva da sempre identificato con l'essenza dello statalismo più deteriore. Per dar conto di un voltafaccia del genere, è stato per lo più invocato il contesto emergenziale che ad esso fece da sfondo. Il « pacato sistema » dei regionalisti sarebbe stato rapidamente archiviato a seguito della estemporanea annessione di un Mezzogiorno che apparve subito drammaticamente lontano dalla cultura dei liberali del resto della penisola e che s'immaginò di riuscire a governare solo avocandone la direzione immediatamente al centro<sup>(86)</sup>. Senza sottovalutare il peso di queste motivazioni, è però possibile interrogarsi sul ruolo giocato anche da fattori di ordine più strutturale: come quelli legati all'effettiva messa in opera di una rappresentanza politica di livello nazionale. Un'Italia di regioni sembrò inderogabile solo fino a quando le corrispondenti élites liberali continuarono a coltivare una percezione di sé analoga a quella quarantottesca — cioè a vedersi come una costellazione di gruppi

---

(85) Cioè il lucchese Giovan Battista Giorgini, membro della solita consorzeria toscana, che si esprimeva in questo modo in una corrispondenza con Luigi Cambray-Digny dell'estate del 1859 (A. SALVESTRINI, *I moderati toscani e la classe dirigente italiana*, Firenze, Olschki, 1965, pp. 49-50).

(86) Tra le numerose ricostruzioni della vicenda politico-parlamentare, la più recente è quella offerta da P.L. BALLINI, *Il Governo dal centro. L'unificazione amministrativa del regno d'Italia e il dibattito parlamentare sulla legge comunale e provinciale (1861-1865)*, Roma, Camera dei Deputati, 2015.

ancora gravitanti attorno ai vecchi centri della penisola e impegnati a contrattare tra loro le condizioni del nuovo sodalizio nazionale. Una volta che quel sodalizio mostrò di potersi realizzare concretamente all'interno dell'aula parlamentare, concentrando in un unico vertice la responsabilità dell'intero governo statale, fu l'economia stessa del nuovo disegno a spingere verso un modello a due sole dimensioni — centrale e locale. Si pensi solo alla arcinota parabola personale percorsa in quegli anni da Bettino Ricasoli. Regionalista inflessibile finché si trovò a rivestire il ruolo di presidente del governo provvisorio toscano e successivamente di Governatore generale della regione per conto di Torino, egli cambiò del tutto orientamento a partire dal marzo del 1861, non appena abbandonò quella posizione per andare ad occupare un seggio nel parlamento italiano. Alla pervicace difesa dell'« ordinamento graduato, che sale dal semplice al complesso e che ordina condensando »<sup>(87)</sup> ed al correlativo impegno a mantenere ad ogni costo il ruolo delle « grandi capitali » degli antichi Stati, fece così bruscamente seguito la scoperta che « il compartimento regionale governativo è sommamente dannoso »; che « tutto quanto è generale nel governo dee diramare dal centro »; che è inconcepibile prescindere da una relazione diretta tra il ministro dell'interno e le prefetture<sup>(88)</sup> e via di questo passo: fino a giungere ad affossare — ora nella veste di Presidente del Consiglio succeduto a Cavour — i disegni di legge Minghetti, a promulgare i famosi decreti dell'8 ottobre 1861 abolitivi delle Luogotenenze e infine a chiedere alla Camera l'estensione a tutto lo Stato della famigerata legge Rattazzi, contro la quale egli aveva scagliato i suoi strali fino alla fine del '60. Non ridicibile, a mio avviso, ad un mero comportamento opportunistico, il *revirement* ricasoliano riflette piuttosto il cambiamento del punto di vista istituzionale che si è prodotto nel nostro personaggio. Entrato a far parte, insieme a tutta la consorzeria toscana, di un gruppo dirigente nazionale in cui si sente

---

<sup>(87)</sup> Così in una corrispondenza con Galeotti del 7 giugno 1860, cit. per esteso in L. MANNORI, *Da periferia a centro. I toscani e le leggi di unificazione, in 1865. Questioni nazionali e questioni locali nell'anno di Firenze capitale*, a cura di Sandro Rogari, Firenze, Polistampa, 2016, p. 41.

<sup>(88)</sup> Così in un discorso alla camera del 16 maggio 1861, cit. in G. PANSINI, *Bettino Ricasoli e l'unificazione amministrativa dello Stato italiano*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, a cura di F. Benvenuti, G. Miglio, Vicenza, Neri Pozza, 1967, p. 396.

ormai pienamente integrato, il Ricasoli 'torinese' non osserva più lo Stato dalle finestre di Palazzo Vecchio, come un altro da sé con cui negoziare ed al quale resistere. Assunta ora una posizione interna all'organismo statale, e preso atto delle responsabilità incommensurabilmente più gravi, rispetto alla fase precedente, che ad essa corrispondono, egli scopre nell'amministrazione lo strumento essenziale per assolvere alla sua nuova missione di rappresentante nazionale, percependo come un intralcio inaccettabile il mantenimento di tutti quei « subcentri » che per l'avanti gli erano invece sembrati altrettanti snodi irrinunciabili della organizzazione di un grande Stato.

In realtà, ciò che restava del regionalismo all'altezza del 1860 in documenti come la 'Nota Farini' o nelle stesse proposte minghettiane era ormai poca cosa. E tuttavia la scelta di cancellare completamente il livello regionale, al di là delle sue conseguenze effettive, marcò una discontinuità decisiva sul piano simbolico, troncando anche gli ultimi fili che ancora legavano la penisola al tipo di ordine che l'aveva retta così a lungo. Eliminato il bozzolo che aveva garantito per secoli alle comunità locali di perpetuarsi come soggetti anche solo virtualmente politici, quest'ultime si trasformarono definitivamente in altrettanti terminali periferici di un'unica amministrazione esecutiva, dalle dimensioni impressionanti. La sensazione che se ne trasse fu davvero quella di un passaggio epocale.

« Grande Stato, progresso per mezzo dello Stato, molto governo, governo lontano, capitale, burocrazia, centralizzazione, sono aspetti diversi, nomi diversi della medesima cosa — scriveva per tutti il 'consorte' Giovan Battista Girogini, schierandosi a sostegno dei ricasoliani 'decreti di ottobre' —. Può darsi che i piccoli Stati abbiano i loro vantaggi; che il governo a domicilio sia uno di questi...; si può tornare ai piccoli Stati, ma le loro qualità non si possono chiedere ai grandi [...]. Ho detto male: non si può tornare ai piccoli Stati. Una forza misteriosa, ma irresistibile incalza le nazioni. Esse non sono più libere di fermarsi né di scegliere la via » <sup>(89)</sup>.

La classe dirigente aveva dunque scelto. A partire da questo momento (e per quanto le dinamiche della vicenda che l'aveva

---

<sup>(89)</sup> G.B. GIORGINI, *La centralizzazione, i decreti d'ottobre e le leggi amministrative*, Firenze, Barbera, 1861, p. 16.

condotta a quel punto continuassero a rimanere poco decifrabili) essa individuò nell'unità la « massima espressione della modernità, contrapposta al particolarismo disgregatore tipico dell'organizzazione cetuale dell'*ancien régime* »<sup>(90)</sup> e tenne fede a questa opzione per tutto il corso del suo successivo itinerario. Al tempo stesso, fu subito chiaro che l'Italia reale era assai poco disposta a indossare convenientemente questo nuovo vestito di una nazione d'individui, accomunati dai valori classici della modernità borghese. Per gran parte di essa, il luogo primario della libertà continuò ad essere ancora per molto tempo quello di un autogoverno locale in cui riviveva una sovranità delle piccole patrie che poco aveva in comune con l'autonomismo liberale. L'antica cultura comunitaria, quindi, pur cacciata dalla porta, sarebbe subito rientrata dalla finestra del nuovo ordine politico grazie alla sua forza preponderante: in particolare, impedendo al parlamento di esprimere forti cleavages ideologici di livello nazionale e trasformandolo immediatamente in una sorta di « vasto collegio provinciale »<sup>(91)</sup>, atto ad ospitare sì una continua contrattazione tra il governo ed i portatori degli interessi locali più vari, ma molto meno ad impersonare compiutamente la nazione che avrebbe dovuto rappresentare. A dispetto della sua apparente modernità, così, la costituzione liberale finì per riprodurre certi tratti strutturali propri di quel modello loco-centrico auspicato, come si è visto, da una frangia cospicua della cultura risorgimentale, ed a sua volta ammiccante ad una costituzione più di ceti che di cittadini. Le conclusioni ricavabili da questa diagnosi sono molteplici — da quelle che insistono sulla sostanziale « estraneità » dell'Italia liberale alla « logica e alla virtù del governo rappresentativo », propendendo dunque a leggere il corrispondente esperimento instaurativo in termini fortemente pessimistici<sup>(92)</sup>, ad altre invece che ritengono quell'esperimento sostanzialmente riuscito, ma

---

<sup>(90)</sup> F. CAMMARANO, *Nazionalizzazione della politica e politicizzazione della nazione. I dilemmi della classe dirigente nell'Italia liberale*, in *Dalla città alla nazione. Borghesie ottocentesche in Italia e in Germania*, a cura di M. Meriggi, P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1993, p. 141.

<sup>(91)</sup> L'espressione è del deputato moderato Romualdo Bonfadini, in un suo saggio del 1894 richiamato sempre da CAMMARANO, *Nazionalizzazione*, cit., p. 149.

<sup>(92)</sup> Così sostanzialmente ROMANELLI, *Importare la democrazia*, cit., *Nota introduttiva*, pp. 7-11.

solo in quanto esso avrebbe avuto fin dall'inizio lo scopo di assicurare il potere ad una ristretta cerchia di privilegiati, diversi nella veste, ma non nella sostanza, dai tradizionali ceti premoderni<sup>(93)</sup>. Personalmente, a queste direttrici interpretative ne preferirei una terza, che vede nello sforzo del liberalismo postunitario una sorta di cantiere aperto dell'unità costituzionale. Se è vero, infatti, che « lo Stato italiano non nasce come espressione costituzionale di un'unità politica sostanziale che l'ha voluto, ma per creare quella medesima unità, che solo grazie all'autorità dello Stato inizia ad esistere »<sup>(94)</sup>, è naturale guardare al 1861 come al semplice avvio di un lungo processo, destinato ad oscillare ancora a lungo tra i due poli dell'unità e del pluralismo.

---

(93) Questa la tesi sviluppata da Marco Meriggi in molti suoi contributi (per es. *Prima e dopo l'unità: il problema dello Stato*, in *Rileggere l'Ottocento. Risorgimento e nazione*, a cura di M.L. Betri, Roma, Carocci, 2010, pp. 41-48).

(94) M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in *Storia dello Stato italiano dall'unità ad oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, Donzelli, 1995, p. 411.

ELIANA AUGUSTI

## IMPERO OTTOMANO E PLURALISMO NELL'OTTOCENTO. ATTUALITÀ DI UN'INDAGINE

« Ma era proprio in quello che mio padre credeva.  
In un mondo color seppia dove un turco e un armeno  
potevano ancora essere fratelli ».  
(Amin Maalouf, *Gli scali del Levante*, 2020, p. 45)

1. Attualità dell'indagine. — 2. Ripartire dagli imperi. — 3. Un pluralismo « stupefacente ». — 4. L'ombra infedele dell'Impero: una storia di tolleranza? — 5. Dal « caleidoscopio etnografico » all'invenzione della nazione. — 6. Una reviviscenza del modello *millet*?

### 1. *Attualità dell'indagine.*

Nell'ultimo ventennio, la pressione dei flussi migratori verso l'Europa ha contribuito a evidenziare criticità e debolezze di una società già segnata da profonde contraddizioni. Si è tornati a parlare di sovranità, territorio, confini, identità, conflitti; si è imposta, e senza rinvii, la necessità di una discussione partecipata sul controllo e la gestione della diversità <sup>(1)</sup>. La crisi sociale è stata fronteggiata in tutta la sua drammaticità con gli strumenti dell'emergenza, come in una guerra, dove il nemico dichiarato è colui che ha « preteso di accedere al[lo] spazio nazionale » <sup>(2)</sup>. La percezione dell'Altro, nel frattempo, complice anche una certa deriva neo-nazionalista, è

---

<sup>(1)</sup> *Dialogo e modelli di mediazione*, a cura di A. Pera, Padova, Cedam, 2016, p. 176; L. FERRANTE, *Nessuno escluso. Migrazioni globali e governance dell'integrazione*, Canterano, Aracne, 2019, p. 61; M.L. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

<sup>(2)</sup> A. DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 2012, p. 45.

andata crescendo come minaccia oggettiva dalla quale difendersi. « Se è obiettivamente complesso — scrive Alessandro Del Lago — fare di un gruppo interno un nemico pubblico, nulla è più facile che trasformare degli stranieri in nemici quando cercano di attraversare i nostri confini »<sup>(3)</sup>. È bastato poco per configurare lo straniero/migrante come « nemico costitutivo » dello Stato, ontologicamente ‘nemico’ perché minaccia permanente all’ordine statale e, soprattutto, alla nazione<sup>(4)</sup>; la sua presenza è bastata a legittimare la narrazione dell’invasione e si è rivelata in grado di mettere in crisi l’omogeneità culturale e territoriale dello Stato. Lo Stato, da parte sua, quotidianamente ‘sotto assedio’, è apparso, in questa meta-narrazione del reale, incapace di farsi ancora garante della coesione sociale.

È diventata dunque stringente la necessità di una rivoluzione socio-giuridica improntata alla negoziazione e alla reciprocità. Solo partendo da una « composizione valoriale delle differenze » sarebbe stato possibile rafforzare i legami sociali e crearne di nuovi, generando « effetti di solidarietà »<sup>(5)</sup>. Bisognava tirar fuori dalle sabbie mobili dell’emergenza lo Stato, destrutturare la sua fallace condu-

---

(3) DAL LAGO, *Non persone*, cit., pp. 38, 46. Sulla letteratura dello straniero come nemico si veda: L. NUZZO, *Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e il controllo delle differenze*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), pp. 1311-1381; *Il controllo dello straniero. I “campi” dall’Ottocento a oggi*, a cura di E. Augusti, A.M. Morone, M. Pifferi, Roma, Viella, 2017; W. RECHT, *Enemies of Mankind. Vattel’s Theory of Collective Security*, Leiden-Boston, M. Nijhoff Publishers, 2013. Interessante il recentissimo contributo di Noel MALCOLM, *Utili nemici. Islam e Impero ottomano nel pensiero politico occidentale 1450-1750*, Milano, Hoepli, 2020.

(4) Cfr. A. SAYAD, *La doppia pena del migrante. Riflessioni sul “pensiero di stato”*, in « Aut Aut », 275 (1996), pp. 8-16. Cfr. E. AUGUSTI, *Protezione, sicurezza, assistenza, solidarietà. Politiche internazionali di controllo dello straniero tra Otto e Novecento*, in *Il controllo dello straniero*, cit., pp. 53-80.

(5) FERRANTE, *Nessuno escluso*, cit., pp. 24-30. Questo in parte significa fare i conti con il rischio del « paradosso della democrazia », per cui « riconoscere, in nome della dignità dell’uomo, pari peso a tutti i valori di cui siano portatrici culture diverse, [porta a far] prevalere il momento descrittivo su quello della valutazione e [produce] un inammissibile svilimento della dimensione assiologica dei diritti fondamentali ». Così in O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, a cura di C. Sotis, M. Meccarelli, P. Palchetti, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 285-286 (263-306).

zione delle politiche di gestione della diversità e promuovere modelli più efficaci di coesione sociale. E a proposito di modelli, quelli fondati sul multiculturalismo di stampo illuministico sono apparsi non essere più adeguati allo scopo: più che includere, annullavano le differenze (culturali, religiose, etniche) e, di fatto, soffocavano i particolarismi in forza di una pressante e necessaria omologazione culturale <sup>(6)</sup>. Meglio sarebbe stato improntare la trasformazione ad una rigenerazione della società come luogo plurale di idee, religioni, opinioni e credenze, ammesse e tutelate da uno Stato multietnico impegnato a dare rilievo a tutte le aggregazioni (« perché non più riconosciute come minaccia ») e ai gruppi sociali emergenti, a valorizzarne relazioni e pratiche, a ridurne le asimmetrie nello spazio pubblico condiviso <sup>(7)</sup>. In quest'ottica, è parso plausibile esplorare alcuni esempi della tradizione giuridica e riattivare, in particolare, un certo ragionamento sul pluralismo <sup>(8)</sup>.

## 2. *Ripartire dagli imperi.*

Dal periodo romano fino all'età medievale il pluralismo aveva orientato il diritto nella complessità del sociale. Plurali erano le forze presenti e agenti nella società (religiose, culturali, socio-economiche); plurali le manifestazioni che avrebbero guadagnato il rango di 'fonti'. Poi tutto era stato soverchiato dall'assolutismo giuridico d'età moderna: con lo Stato aveva vinto su tutto la legge <sup>(9)</sup>.

A partire dal diciottesimo secolo, lo Stato aveva assunto il

---

<sup>(6)</sup> FERRANTE, *Nessuno escluso*, cit., p. 72. Cfr. F. VIOLA, *Pluralismo e tolleranza*, in *Lessico della laicità*, a cura di G. Dalla Torre, Roma, Studium, 2007, (227-237).

<sup>(7)</sup> FERRANTE, *Nessuno escluso*, cit., pp. 65-66.

<sup>(8)</sup> Ed è questa la nuova tendenza assunta dal dibattito scientifico a livello globale. Cfr. la *mission* del *Global Centre for Pluralism*, fondato a Ottawa (Canada) nel 2006, sempre più attivo « to influence perspectives, inform policies and inspire pathways to advance pluralism » e pronto a interrogarsi sui binomi *state/nonstate law*, *legal/quasi-legal systems*, oltre che su *jurisdictional entities* e *legal pluralism*. Sul piano della letteratura internazionale rimando a *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, P.S. Berman (ed.), Oxford, OUP, 2020, e al recentissimo *Pluralism in Islamic Contexts. Ethics, Politics and Modern Challenges*, M. Hashas (ed.), Berlin, Springer, 2021.

<sup>(9)</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 173-174. E. CANNIZZARO, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, in « Quaderni fiorentini », 31 (2002), p. 250 (245-271).

potere di creare diritto « a tutto campo », negando o riducendo la competenza delle organizzazioni territoriali minori: ordinamento internazionale, ordinamenti religiosi, enti territoriali, corporazioni di mestiere sarebbero arretrati di fronte allo Stato <sup>(10)</sup>. A sua volta lo Stato, quale « formazione [...] ristretta e pervasiva », avrebbe conquistato « la sua identità più preziosa », la sovranità, a spese dell'Impero <sup>(11)</sup>. I tradizionali legami religiosi, etnici, dinastici o regionali degli Imperi sembravano essere destinati necessariamente alla dissoluzione nel corso di « un vasto processo di modernizzazione » che avrebbe poi fatto posto a nazioni e stati nazionali. Procedendo in controtendenza rispetto a quest'idea, si è visto però come la tensione verso lo Stato nazionale e la sua « presunta omogeneità » alla fine connotasse « meno una superiorità di fondo e più un universo problematico » <sup>(12)</sup>. La concezione monistica della sovranità e dello Stato nazionale ha disatteso ben presto le aspettative, mostrando lo Stato come architettura rigida <sup>(13)</sup>, incapace di fronteggiare con gli strumenti a sua disposizione le incoerenze interne (solo apparentemente pacificate) e, sul fronte esterno, l'incombente della « global first competition », con tutte le dinamiche ad essa connesse legate alle trasformazioni economico-sociali e tecnologiche, ai campi di forza, alla gestione dei conflitti <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 79.

<sup>(11)</sup> S. MANNONI, *Relazioni internazionali*, in *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 207-211 (206-229).

<sup>(12)</sup> J. LEONHARD, U. VON HIRSCHHAUSEN, *Imperi e stati nazionali nell'Ottocento*, Bologna, il Mulino, 2011, p. 7.

<sup>(13)</sup> Il tema della crisi dello Stato moderno è stato oggetto di analisi ricca e densa, dalla nota prolusione pisana di Santi Romano *Lo Stato moderno e la sua crisi* del 1909 agli interventi di Capograssi del 1921, di Del Vecchio del 1933, proseguendo con Tarello, Mazzacane, Ferrajoli, Cassese. Tra gli ultimi contributi, si veda il numero monografico di « *Ars Interpretandi* », 16 (2011), *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, ed in particolare F. VIOLA, *Introduzione*, pp. 7-18; F. MAZZARELLA, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, pp. 57-80; M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto*, pp. 81-94; G. CORSO, *Persistenza dello Stato e trasformazioni del diritto*, pp. 107-130; L. CONDORELLI, *Crisi dello Stato e diritto internazionale: simul stabunt simul cadent?*, pp. 173-182.

<sup>(14)</sup> J. OSTERHAMMEL, N.P. PETERSSON, *Storia della globalizzazione. Dimensioni, processi, epoche*, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 66-68.

Prendendo in prestito le parole di Rodolfo Sacco, e senza comunque dismettere il concetto di Stato dal lessico politico <sup>(15)</sup>, è sembrato plausibile riprendere un certo ‘atteggiamento pluralistico’, nella convinzione che esso avrebbe potuto meglio focalizzare l’attenzione sui « sottogruppi sociali, sull’interazione tra l’ordine delle comunità locali e l’ordine normativo superiore, sui trattamenti diversificati dei conflitti che si present[avano] entro il gruppo ristretto e di quelli che interven[ivano] tra gruppi diversi ». Una rivalutazione pluralistica avrebbe « contrappo[sto] il diritto ufficiale e quello non ufficiale e pre[so] a bersaglio l’identificazione del diritto con lo Stato » <sup>(16)</sup>. Così come il passaggio dal Medioevo all’età moderna aveva segnato l’imporsi del monismo del potere sovrano dello Stato territoriale sul pluralismo dei poteri sociali, così ora il trapasso dall’età moderna all’età della globalizzazione stava di fatto concretizzando il processo inverso <sup>(17)</sup>.

La sfida dello Stato multi-etnico, di un ‘moderno’ cioè che « torna alla sua originaria complessità [...] e alla consapevolezza di una permanente pluralità » <sup>(18)</sup>, sta aprendo una serie di interrogativi sulle « alternative storiche allo stato nazionale » <sup>(19)</sup>, risvegliando una insolita attenzione per l’Impero come luogo di buone pratiche di costruzione, sovrapposizione e mescolanza di identità flessibili <sup>(20)</sup>.

Lungi dall’intento di proporre « passati antidoti a mali con-

<sup>(15)</sup> P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 225.

<sup>(16)</sup> SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., p. 83.

<sup>(17)</sup> PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., p. 130.

<sup>(18)</sup> D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 16; *Impero, imperi. Una conversazione*, a cura di R. Romanelli, Napoli, L’ancora del Mediterraneo, 2010; M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit.; F. PETRILLO, *Sovranità e statualità*, in *Diritti umani e sovranità. Per una ridefinizione del politico*, a cura di F.A. Cappelletti, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 111-148; G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, Rizzoli, 2000; P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

<sup>(19)</sup> LEONHARD, HIRSCHHAUSEN, *Imperi e stati nazionali nell’Ottocento*, cit., p. 7.

<sup>(20)</sup> F. DONELLI, *Islam e pluralismo. La coabitazione religiosa nell’Impero ottomano*, Milano, Mondadori, 2017, p. 6. Cfr. J. CASTELLINO, K. CAVANAUGH, *Minority Rights in the Middle East*, Oxford, OUP, 2013.

temporanei »<sup>(21)</sup>, e rifuggendo da qualsiasi idealizzazione del governo imperiale, è apparso utile osservare le criticità nella gestione statale della diversità attraverso il prisma degli Imperi tradizionali, delle grandi realtà plurinazionali ottocentesche e della loro affascinante eterogeneità strutturale<sup>(22)</sup>.

### 3. *Un pluralismo « stupefacente »*<sup>(23)</sup>.

Il contributo della storiografia giuridica, in questo, è stato determinante. Nel 2013, Lauren Benton e Richard J. Ross davano alle stampe *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, secondo António Manuel Hespanha « the synopsis of a historiographical stream that made pluralism a core feature in the political and legal constitution of empires »<sup>(24)</sup>. Karen Barkey, in particolare, curava il capitolo dedicato al pluralismo dell'Impero ottomano; esaminando fonti e istituzioni, Barkey arrivava a sostenere che gli ottomani avevano usato il pluralismo giuridico « per assimilare i non musulmani in un sistema giurisdizionale islamico egemonico, mantenendo la pace e la tolleranza interreligiosa ». Il pluralismo giuridico ottomano — continuava — non era mai stato un insieme di leggi scoordinate e non vincolate emanate da comunità diverse; piuttosto, restava un pluralismo ben riconoscibile, « carefully choreographed » e « coordinated by the center »<sup>(25)</sup>. Forse anche per questo poteva rappresentare « a good case in point »<sup>(26)</sup>.

L'intervento di Barkey andava a inserirsi in una tradizione di

(21) DONELLI, *Islam e pluralismo*, cit., p. 6.

(22) Cfr. A. PAGDEN, *The Burdens of Empire. 1539 to the Present*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

(23) A. RICCARDI, *Benedetto XV e la crisi della convivenza multireligiosa nell'Impero ottomano*, in *Benedetto XV e la pace — 1918*, a cura di Giorgio Rumi, Brescia, Morcelliana, 1990, p. 84 (83-128).

(24) *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, L. Benton, R.J. Ross (eds.), New York, New York University Press, 2013; A.M. HESPANHA, *The Legal Patchwork of Empires*, in « *Rechtsgeschichte* », 22 (2014), pp. 303-314, online: <http://dx.doi.org/10.12946/rg22/303-314>.

(25) K. BARKEY, *Aspects of Legal Pluralism in the Ottoman Empire*, in *Legal Pluralism and Empires*, cit., p. 84 (83-107).

(26) K. BARKEY, *Islam and Toleration: Studying the Ottoman Imperial Model*, in « *International Journal of Politics, Culture and Society* », 19 (2005), p. 17 (5-19).

studi piuttosto recenti e sfilacciati, orientati a superare la consolidata storiografia sull'Impero, a indagare i fattori che ne avevano determinato la longevità, a ricostruire le dinamiche di quella 'simbiosi islamo-cristiana', meccanismo delicatissimo di equilibri fragili ma duraturi che, fondata sul diritto islamico (*fiqh*) di orientamento hanafita, aveva fatto del multiculturalismo il punto di forza dell'Impero fino al diciannovesimo secolo (27). Il tutto nella convinzione, condivisa, per cui l'Impero ottomano avesse contribuito « potentemente » a tracciare « una cultura politica della diversità e della tolleranza », adottando il pluralismo come strumento per la gestione dell'«Altro» (28). D'altro canto, la forte permeabilità dei territori e la bassa intensità d'impatto dei processi di costruzione statale avevano fatto il resto, caratterizzando lo spazio del « Medio Oriente europeo » — così venne definito da Lewis Namier (29) — come spazio eccezionale di insediamento e coabitazione di popolazioni diverse.

Dopo la nascita della repubblica turca, dovettero passare quasi trent'anni prima che gli studi di Hamilton Alexander Gibb e Harold Bowen aprissero un nuovo filone storiografico sull'Impero. Negli anni Sessanta, seguirono le analisi di Bernard Lewis e Benjamin Braude: la narrazione stereotipata ed eurocentrica del turco « barbaro e oppressore » che pur aveva condizionato l'atteggiamento degli intellettuali verso il mondo islamico fino a tutto l'Ottocento ne veniva fuori rivoluzionata (30). Per la prima volta, e da vicino, si affrontava il discorso della convivenza ottomana e si esaltava quella nozione unitaria di appartenenza che aveva animato il contesto

---

(27) DONELLI, *Islam e pluralismo*, cit., p. 149. Cfr. E. AUGUSTI, *Dall'equivoco all'epilogo. L'Impero ottomano e il linguaggio giuridico occidentale*, in « Afriche e Orienti », 2 (2019), *Imperialismo e antimperialismo nello spazio ottomano (1856-1924)*, a cura di F. Bertucelli e N. Melis, pp. 11-31.

(28) BARKEY, *Aspects of Legal Pluralism in the Ottoman Empire*, cit., p. 85.

(29) A. GRAZIOSI, *Il mondo in Europa. Namier e il « Medio Oriente europeo »*, 1815-1848, in « Contemporanea », 2 (2007), pp. 193-228.

(30) Cfr. *Islamic Society and the West: A Study of the Impact of the Western Civilization on Muslim Culture in the Near East*, H.A.R. Gibb, H. Bowen (eds.), 2 voll., London, Oxford University Press, 1951-1957; *Christians and Jews in the Ottoman Empire*, B. Braude, B. Lewis (eds.), 2 voll., New York-London, Holmes and Meier 1982; B. LEWIS, *Islam et laïcité: la naissance de la Turquie moderne*, Paris, Fayard, 1988.

pluralistico islamico per il lungo periodo della *pax* ottomana, fino allo strappo violento dei nazionalismi. La *pax* aveva favorito scambi e incontri, era stato l'« *humus* privilegiato » per il fermento culturale che aveva portato alla definitiva affermazione della civiltà ottomana, aveva garantito la sopravvivenza e la continuità per secoli di un'entità composita ed eterogenea. La coesistenza in sé si era rivelata come una precisa strategia politica dell'Impero, una scelta lungimirante con funzione di controllo del territorio<sup>(31)</sup>. Nell'Impero, scriverà Ryan Gingeras, « Muslims, Christians, and Jews were all citizens, and all 'were subjects of one ruler', and therefore, 'the children of one father' »<sup>(32)</sup>. Ne è venuto fuori un modello esemplare di coabitazione multiculturale, multireligiosa e multilinguistica; nessuno ha più potuto esimersi dal mettere in rilievo una qualche tolleranza di questo regime<sup>(33)</sup>.

In Europa, il dibattito sui temi della libertà e della tolleranza (religiosa e politica) aveva percorso tre secoli di storia del pensiero. Ogni volta però il riferimento ai costumi, alle tradizioni, ai fondamenti delle leggi dell'Impero ottomano era stato sfuggente, incidentale e piuttosto superficiale<sup>(34)</sup>. « Era semplice — scriverà Noel Malcolm nelle recentissime pagine del suo *Utiles nemici* — gettare una luce positiva sulla prassi ottomana a scopo di biasimo, quando la si metteva a confronto con l'inquisizione o con le varie politiche protestanti, senza cercare di spiegare le ragioni di quella stessa tolleranza »<sup>(35)</sup>. Fu questa d'altronde la linea dei *politiques* francesi, che nel sedicesimo secolo non avevano esitato a usare l'esempio ottomano come modello positivo per esortare alla tolleranza i loro

<sup>(31)</sup> DONELLI, *Islam e pluralismo*, cit., p. 107.

<sup>(32)</sup> R. GINGERAS, *An Empire Unredeemed: Tracing the Ottoman State's Path towards Collapse*, in *The Oxford Handbook of the ends of Empire*, M. Thomas, A.S. Thompson (eds.), Oxford, OUP, 2018 (10.1093/oxfordhb/9780198713197.013.3, Online Publication Date: Nov. 2017), p. 6 (1-21). Cfr. R. DAVISON, *Reform in the Ottoman Empire 1856-1876*, Princeton, Princeton University Press, 1963, p. 45.

<sup>(33)</sup> M. WALZER, *On Toleration*, New Haven, Yale University Press, 1997, trad. it. di R. Rini, *Sulla tolleranza*, Bari-Roma, Laterza, 1998, pp. 24-27.

<sup>(34)</sup> Come denuncerà MALCOLM, *Utiles nemici*, cit., p. 229, in gran parte « un sottoprodotto delle polemiche cristiane intraconfessionali ».

<sup>(35)</sup> *Ibidem*

governanti <sup>(36)</sup>. Lo stesso Voltaire, per esempio, nel *Trattato sulla tolleranza* del 1763, pur riportandone positivamente il caso, non mostrava avere sul 'turco' e sull'islam conoscenze approfondite e coerenti: il discorso sull'Impero gli tornava comunque utile a rappresentare delle buone prassi di tolleranza, fuori « dalla nostra piccola sfera ». « Esamina[ndo] il resto del globo — scriveva — [i]l gran sultano governa in pace venti popoli di religioni diverse; duecentomila greci vivono al sicuro a Costantinopoli [...] Questo impero è pieno di giacobiti, di nestoriani, di monoteliti; ci sono copti, cristiani gioanniti, ebrei, ghebri, baniani. Gli annali turchi non segnalano nessuna rivolta suscitata da alcuna di queste religioni » <sup>(37)</sup>.

In un quadro profondamente condizionato dall'esotico e dal fascino verso il 'turco' si collocava ancor prima, nel 1591, il tentativo di Philipp Camerarius di riferire sul pluralismo ottomano. Introducendo il discorso sulla tolleranza, l'umanista sosteneva che i governanti che avessero mantenuto l'ordine e amministrato la giustizia senza curarsi delle questioni religiose non avrebbero dovuto preoccuparsi di eventuali rivolte a sfondo confessionale; al contrario, bene avrebbero fatto a preoccuparsene quelli che imponevano ai governati un qualche tipo di fede. A sostegno della sua teoria, Camerarius citava il caso ottomano e riportava una storia attribuita al sultano Solimano il Magnifico. Rivolgendosi ad alcuni alti funzionari che erano andati in visita nel suo palazzo per esortarlo a cacciare o a convertire con la forza i sudditi non musulmani dell'Impero, Solimano li aveva invitati ad affacciarsi alla finestra che dava sul suo rigoglioso giardino, pieno di fiori diversi: « Come quell'ampia varietà di erbe e fiori non solo non nuove, ma riempie gli occhi e i sensi di meraviglia, così anche la diversità delle fedi e delle religioni nel mio impero è un vantaggio. Finché vivono in pace e obbediscono ai

---

<sup>(36)</sup> È lo stesso Malcolm a citare gli esempi di Innocenzo Gentillet, François Baudouin e Jean Bodin. Più approfonditamente cfr. J. LECLER, *Storia della tolleranza nel secolo della Riforma*, Brescia, Morcelliana, 1967; A. PIPPIDI, *Visions of the Ottoman World in Renaissance Europe*, London, Hurst, 2012, pp. 96-97, 149-150.

<sup>(37)</sup> VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, a cura di L. Binni, Garzanti, 2015, pp. 22-23. Cfr. R. PREZZO, P. RADAELLI, *America e Medio Oriente. Luoghi del nostro immaginario*, Milano, Mondadori, 2002, pp. 181-182.

miei ordini nelle altre questioni politiche, non li perseguirò. È meglio lasciare che continuino a vivere secondo la loro fede, come i miei antenati permettevano loro di fare, piuttosto che provochino rivolte e mandino in rovina lo stato. Sarebbe come se raccogliessi tutti i miei fiori, tranne quelli di un solo colore. Cosa farei se privassi il mio giardino e il mio prato della sua grazia naturale e della sua bellezza, invece di migliorarlo?» (38). La metafora, intrisa di poesia, sembrava riferirsi innanzitutto al mantenimento della pace nell'Impero, ma indicava anche nella diversità, e nel pluralismo, un valore straordinariamente positivo (39): venne utilizzata più volte e in contesti letterari diversi, per la sua bellezza ed efficacia rappresentativa.

L'atteggiamento largamente approssimativo sull'islam e sull'Impero si conservò anche nelle cronache dei corrispondenti che da Costantinopoli restituivano all'Europa il « colpo d'occhio » sulla capitale: sorprende la sua longevità e al tempo stesso lasciava perplessi la lontananza del regime pluralistico ottomano dal modello giuridico occidentale (si scriveva di un'« anomalia ») (40). Costantinopoli appariva come « una vera torre di Babele » dove « non [era] mica facile raccapazzarsi » (41). « Le diverse nazioni che l'abitano — scriveva Cesare Vimercati nel 1849 — hanno tutte conservato un particolare carattere; ed il popolo conquistatore, non avendo potuto, a motivo del codice religioso che lo regge, riuscire ad ottenere una fusione con quello che vi si trovava antecedentemente stabilito, sembra abitare con esso una sola città quasi che considerata come albergo comune » (42).

Lo sguardo degli studiosi, d'altronde, non si distanziò molto da quello dei cronisti. Fino alla seconda metà dell'Ottocento, l'Impero continuò a non essere osservato come un soggetto 'diverso' meritevole di un'attenzione specifica. Il rimando all'esempio ottomano tornava sì nella letteratura, anche giuridica, ma sempre e piuttosto come termine di confronto, come grimaldello per forzare

---

(38) P. CAMERARIUS, *Operae horarum*, I.58, pp. 261, qui nella traduzione di MALCOLM, *Utiles nemici*, cit., p. 230.

(39) MALCOLM, *Utiles nemici*, cit., pp. 229-230.

(40) C. VIMERCATI, *Costantinopoli e l'Egitto*, Prato, F. Alberghetti, 1849, p. 46.

(41) G. ZACCAGNINI, *La vita a Costantinopoli*, Torino, Bocca, 1909, p. 69.

(42) VIMERCATI, *Costantinopoli e l'Egitto*, cit., pp. 46-47.

riflessioni e animare discussioni che nascevano e si consumavano tutte nel contesto europeo (43).

Per avere un ragionamento più accurato sulle dinamiche interne al regime pluralista ottomano si dovette aspettare la seconda metà del Novecento. Accennavamo alla « documentazione preziosa » di Gibb, Bowen, Lewis e Braude, alla quale si sono aggiunte, più di recente, le restituzioni di Stanford J. Shaw e Halil İnalcık (44). Guardando all'Italia, nel 1965, Enrico De Leone illustrò un'analisi documentata sul pluralismo ottomano; seguirono poi, tra gli altri, gli studi di Mario G. Losano e Andrea Riccardi fino ad arrivare ai più attuali contributi di Giorgio Del Zanna, Nicola Melis e Federico Donelli (45). Riccardi, in particolare, non smise di esortare, e in più di un'occasione, a uno studio che tenesse in maggior conto « la complessità e la ricchezza della costituzione dell'universo sociale e

(43) Vedi per esempio in questo senso il riferimento alla *Turquie* in Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, p. 19.

(44) S.J. SHAW, *The Ottoman View of the Balkans*, in *The Balkans in Transition: Essays on the Development of Balkan Life and Politics Since the Eighteenth Century*, C. Jelavich, B. Jelavich (eds.), Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1963, pp. 56-80; H. İNALCIK, *From Empire to Republic. Essays on Ottoman and Turkish Social History*, Istanbul, The ISIS Press, 1995; vedi anche, più recentemente, M. VAN DEN BOOGERT, *Millet: Past and Present*, in *Religious Minorities in the Middle East: Dominations, Self-Empowerment, Accommodation*, A.S. Roald, A.N. Longva (eds.), Leiden, Brill, 2012, pp. 27-45.

(45) E. DE LEONE, *L'Impero ottomano nel primo periodo delle riforme (Tanzimat) secondo fonti italiane*, Milano, Giuffrè, 1967; M.G. LOSANO, *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, Milano, Unicopli, 1984; A. RICCARDI, *La strage dei cristiani. Mardin, gli armeni e la fine di un mondo*, Roma-Bari, Laterza, 2016; G. DEL ZANNA, *Guerra all'Impero, guerra ai cristiani: le radici della dissoluzione dell'Impero ottomano*, in *La lunga guerra. I Balcani e il Caucaso tra conflitto mondiale e conflitti locali (1912-1923)*, a cura di L. Valent, Milano, Franco Angeli, 2020, pp. 29-41; ID., *Il crollo dell'Impero ottomano e i nazionalismi mediorientali*, in *Storia d'Europa e del Mediterraneo*, a cura di A. Barbero, Roma, Salerno Editrice, 2017, pp. 421-447; ID., *Società civile, pluralismo e minoranze in Turchia*, Roma, Viella, 2015, pp. 31-41; ID., *Dai millet alle nazioni. I cristiani ottomani tra XIX e XX secolo*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 33-59; N. MELIS, *Turchità, comunitarismo e identità. Dall'ottomanesimo al nazionalismo turco, in Una guerra mediterranea. Grande Guerra, Imperi e Nazioni nel Mediterraneo*, a cura di F. Canale Cama, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2018, pp. 21-66; ID., *Minorities, intermediaries and middlemen in the Ottoman empire: An introduction*, in « Oriente Moderno », 93 (2013), pp. 349-364; DONELLI, *Islam e pluralismo*, cit.

giuridico dell'Impero ottomano » e che, allo stesso tempo, fosse in grado di « rilevare l'ambiguità [...] della politica delle potenze europee tesa a sfruttare la condizione delle minoranze per motivare la propria intromissione nelle faccende interne delle regioni sottomesse alla Sublime Porta » (46). Sulle pagine de *La Civiltà Cattolica* nel 1991, però, Piersandro Vanzan stemperava gli entusiasmi: « ovviamente », scriveva, nell'Impero il cittadino non musulmano restava di seconda categoria; la sua non era una perfetta uguaglianza con gli altri sudditi e, anche per questo, non si poteva parlare per l'Impero di vera tolleranza e libertà di culto e di coscienza (47). La lettura critica delle pagine de *La Civiltà Cattolica* non intaccò l'immagine « stupefacente » di questo pluralismo che, indenne da conflitti e soprusi, e nonostante lo scetticismo e la prudenza di una certa impostazione storiografica, restava per i più un « pluralismo tollerante » (così l'avrebbe definito Georges Corm (48)), tanto più se paragonato al modello monistico dei « regimi di cristianità » a esso contemporanei (49).

Si pensi, per esempio, al sistema dei *millet* (50): il racconto

---

(46) RICCARDI, *Benedetto XV e la crisi della convivenza multireligiosa nell'Impero ottomano*, cit., p. 91.

(47) G. DEL ZANNA, *Roma e l'Oriente. Leone XIII e l'Impero ottomano (1878-1903)*, Milano, Guerini, 2003, p. 44.

(48) G. CORM, *Il Libano contemporaneo. Storia e società*, Milano, Jaca Book, 2006, p. 74.

(49) RICCARDI, *Benedetto XV e la crisi della convivenza multireligiosa nell'Impero ottomano*, cit., p. 91.

(50) In turco ottomano, *millet* viene utilizzato nel senso di comunità religiosa, confessione, rito. Designa la comunità *dhimmi*, « protetta ». *Millet*, ancor prima del secolo diciannovesimo, è termine tecnico della burocrazia centrale che individua le comunità religiose non musulmane dell'Impero ottomano. Il pluralismo cristiano-orientale tesse a identificare la comunità religiosa con l'etnia: così *millet*, da termine burocratico utilizzato nel quadro della partecipazione di queste comunità alla vita pubblica dell'Impero, assunse una connotazione politico-giuridica oltre che religiosa. All'inizio del ventesimo secolo si contavano quattordici *millet* riconosciuti. Con le rivendicazioni di un'autonomia politica, *millet* designò tecnicamente le comunità confessionali autonome all'interno dell'Impero ottomano. Cfr. P. SARTORI, *Il termine millat e l'identità collettiva dei musulmani del Turkestan secondo gli 'ulamā'*, in « Rivista degli studi orientali », 79 (2008), p. 37 (37-70); M.O. URSINUS, *Millet*, voce in *The Encyclopedia of Islam*, C.E. Bosworth, E. van Donzel, W.P. Heinrichs, Ch. Pellat (eds.), Leiden-New York, E.J. Brill, 1993, VII, pp. 61-64. Vedi anche, G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo*

delle comunità autonome non musulmane dell'Impero fu veicolato in Occidente come « una grande realizzazione » che finì col mettere in imbarazzo, già a una timida comparazione, i paesi europei e slavi dove l'intolleranza religiosa sia nelle relazioni fra gruppi cristiani sia tra cristiani da un lato e musulmani ed ebrei dall'altro era all'ordine del giorno <sup>(51)</sup>. Se in Europa, infatti, prima della Rivoluzione francese non c'era stato spazio per la tolleranza, nell'Impero ottomano i *dhimmi*, i protetti dall'islam come gente del libro, erano stati organizzati fin dalla metà del quindicesimo secolo in *millet*: per questo avevano goduto e godevano sì di una collocazione secondaria nella società, ma con larghi spazi di autonomia all'interno di un sistema pluralista. L'islam in questo aveva avuto un ruolo significativo, condizionando il modo in cui religione e politica avrebbero potuto 'intrecciarsi' nella società ottomana. L'Impero ne era venuto fuori rinforzato, una realtà feconda, un « corpo coeso di genti differenti » con un « elevato livello di osmosi e [...] continui scambi sociali e culturali » <sup>(52)</sup>. Quest'immagine resistette fino alla crisi del diciannovesimo secolo, quando cominciò a diffondersi per le contrade dell'Impero il modello interpretativo nazionale e la sua esasperazione nell'ideale dello stato-nazione, internamente pacificato ed

---

*musulmano*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 34-36; B. BRAUDE, *Foundation Myths of the Millet System*, in *Christians and Jewish in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society*, Braude, Lewis (eds.), cit., pp. 69-88; K.H. KARPAT, *The Social and Political Foundations of Nationalism in South East Europe after 1878: A Reinterpretation*, in *Der Berliner Kongress von 1878. Die Politik der Grossmächte und die Probleme der Modernisierung in Südosteuropa in der Zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, R. Melville, H.-J. Schröder (hrsg.), Wiesbaden, F. Steiner, 1982, p. 389 (385-419). Sull'uso del lemma *millet* e sul rapporto tra *millet*, minoranze, identità e diritto tra passato e presente, cfr. VAN DEN BOOGERT, *Millets: Past and Present*, cit.

<sup>(51)</sup> CORM, *Il Libano contemporaneo*, cit., p. 74. Cfr. ID., *Histoire du pluralisme religieux dans le Bassin méditerranéen*, Paris, Geuthner, 1998.

<sup>(52)</sup> DONELLI, *Islam e pluralismo*, cit., p. 11. Certo, non sono mancate letture in contrasto che hanno riconosciuto « la condizione di inferiorità civica e sociale cui erano relegate le minoranze non musulmane all'interno dell'Impero ». Questo ha contribuito a presentare « l'islam come una religione radicale, nonché come la matrice di un sistema giuridico intollerante e oppressivo, che avrebbe destinato i cristiani non solo alla marginalità nelle vicende del Medio Oriente, ma anche a vivere una lunga e lenta agonia », cfr. in questo senso J.-P. VALOGNES, *Vie et mort des chrétiens d'Orient. Des origines à nos jours*, Paris, Fayard, 1994.

eticamente omogeneo, con i suoi confini ben definiti e i suoi ideali di uguaglianza giuridica e partecipazione politica. Per Pasquale Stanislao Mancini, « uno Stato [e un impero] in cui molte rigogliose nazionalità [andavano] a soffogarsi in un'unione forzata, non [era] un corpo politico, ma un mostro incapace di vita »<sup>(53)</sup>. Nella realtà delle aree multiethniche dell'Impero quel 'mostro' aveva però dato prova di grande resistenza per quasi cinque secoli e ora, in meno di un cinquantennio, stava per consegnare il suo modello di straordinario equilibrio alla storia<sup>(54)</sup>.

#### 4. *L'ombra infedele dell'Impero: una storia di tolleranza?*

Ancora nel 1896, sulle pagine della *Revue Général de Droit International Publique*, echi turcofobici restituivano l'immagine degli Osmanlı come di « un torrent [venu] envahir et ruiner les domaines des peuples chrétiens »<sup>(55)</sup>: sin dal momento della stabilizzazione in Europa e dell'affermazione dell'Impero, i turchi si erano astenuti dall'imporre ai nuovi sudditi occidentali le istituzioni amministrative e le leggi civili islamiche. Il diritto islamico non contemplava alcuna ipotesi assimilazionista all'Occidente e dell'Occidente; d'altronde, il fanatismo religioso aveva corroborato l'atteggiamento di superiorità ed estraneità che l'islam continuava a riservare alla cultura occidentale<sup>(56)</sup>. Per Francesco Paolo Contuzzi, i turchi, fuori perché al di sopra della società internazionale europea, « erano invasori, e tali volevano rimanere »<sup>(57)</sup>.

---

<sup>(53)</sup> P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Torino, Tip. Eredi Botta, 1851, p. 46.

<sup>(54)</sup> P. VANZAN, *Quale coabitazione fra religioni e laicità nel Mediterraneo. Diritti umani e sentieri d'Isaia a Napoli (24-26 aprile 1991)*, in « La Civiltà Cattolica », 142 (1991), 3391, p. 52 (49-59); LEONHARD, HIRSCHHAUSEN, *Imperi e stati nazionali nell'Ottocento*, cit., pp. 8-9.

<sup>(55)</sup> L. KAMAROWSKY, *La Question d'Orient*, in « Revue Général de Droit International Publique », 4 (1896), p. 398 (397-428).

<sup>(56)</sup> Una efficace ricostruzione dell'atteggiamento dell'Impero ottomano verso l'infedele è ora in D. GOFFMAN, *The Ottoman Empire and Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 171-176.

<sup>(57)</sup> F. CONTUZZI, *La Questione d'Oriente dinanzi al diritto internazionale ed alla diplomazia europea*, Macerata, Bianchini, 1882, p. 27. Cfr. più diffusamente, E. AUGUSTI,

Nel 1869, Gustave Rolin-Jaequemyns, aveva provato a smontare queste posizioni, investendo nuove energie sul fronte dell'impostazione metodologica degli studi che avrebbero dovuto interessare anche gli Imperi orientali e, in particolare, quello ottomano. In una naturale condivisione di intenti con Emerico Amari<sup>(58)</sup>, dalle pagine della *Revue de droit international et de législation comparée*, Rolin-Jaequemyns apriva il ragionamento scientifico alla comparazione: l'indagine giuridica avrebbe dovuto orientarsi alla ricerca « des analogies et des différences » tra sistemi. Certo, andava da sé che una ricerca di questo tipo non dovesse e potesse limitarsi ai soli « objets ou idées de même nature »<sup>(59)</sup>. La comparazione doveva andare oltre, e misurarsi con la 'diversa natura' degli Imperi orientali, e dell'Impero ottomano in particolare, riconosciuto come « colosse décroissant, moitié chrétien, moitié Musulman ». Per quanto, Rolin-Jaequemyns non tardasse a precisare che, « par un dangereux phénomène », nell'Impero « la vigueur est chez les opprimés et la faiblesse chez les maîtres », valeva investire energie e avviare uno studio più approfondito, avvalorato dall'atteggiamento comparativo<sup>(60)</sup>: tra difficoltà di certo maggiori, muovendosi tra quelle « inestricabili complicazioni » che derivavano dall'interessarsi delle cose orientali, lo studioso avrebbe raccolto però elementi utili a sufficienza per comprendere il funzionamento di sistemi 'altri', evidenziare analogie e differenze e intervenire, laddove lo avesse

---

*Questioni d'Oriente. Europa e Impero ottomano nel diritto internazionale dell'Ottocento*, Napoli, ESI, 2013, p. 6 e ss.

(58) E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, *Saggi di Filosofia civile tolti dagli Atti dell'Accademia di Filosofia italiana*, Genova, Tipografia del R.I. de' Sordomuti, 1857. Cfr. *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Istituto Lombardo. Accademia di Scienze e Lettere. Incontro di studio n. 19, a cura di A. Padoa Schioppa, Milano, 2001, pp. 9-14. Studi attuali sul diritto comparato, che tengano conto di questa eredità, sono in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, P. Legrand, R.J.C. Munday (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003; *Critical studies in ancient law, comparative law and legal history*, J.W. Cairns, A. Watson, O.F. Robinson (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001. Rinvio a AUGUSTI, *Questioni d'Oriente*, cit., p. 119 e ss.

(59) G. ROLIN-JAEQUEMYS, *De l'étude de la législation comparée et du droit international*, in « *Revue de droit international et de législation comparée* », 1 (1869), p. 4 (1-31).

(60) Ivi, p. 14.

ritenuto, suggerendo miglioramenti agli impianti giuridici oggetto d'osservazione. Inoltre, solo attivando un discorso di questo tipo si sarebbe riusciti a raccogliere quei dati necessari a vagliare le reali possibilità (e opportunità) di una partecipazione degli 'Altri', e dell'Impero ottomano in specie, alla comunità e al diritto internazionale universale <sup>(61)</sup>.

Un buon punto di partenza per orientare gli studi giuridici restavano le cronache e i rapporti diplomatici in terra straniera: come quelli di Édouard Philippe Engelhardt, prolifico ministro plenipotenziario francese, per quasi vent'anni a Costantinopoli. Da lì il dibattito si trasferiva poi sulle pagine della rivista di diritto internazionale e legislazione comparata dove, come le tessere di un mosaico, i vari contributi andavano a combinarsi, lasciando emergere tutta la complessità del sistema ottomano.

All'indomani della presa di Costantinopoli (1453) e dell'annientamento del potere politico dei greci, il sultano Mehmed II aveva voluto garantire ai suoi nuovi sudditi cristiani, e con atto solenne, il « libero godimento della loro religione, delle loro leggi e dei loro costumi » sotto la giurisdizione del patriarca di Costantinopoli <sup>(62)</sup>. Con la proclamazione di « chef de nation » il patriarca ecumenico aveva giurato obbedienza al sultano, rimanendo unico responsabile anche della fedeltà dei propri correligionari <sup>(63)</sup>. Il clero cristiano aveva pertanto assunto le fattezze di un corpo di funzionari dell'Impero, munito di poteri amministrativi e giudiziari, nonché di imposta e successiva elargizione del gettito fiscale dei *raya* (sudditi cristiani) alle casse dello Stato <sup>(64)</sup>. Engelhardt riferiva così

---

<sup>(61)</sup> Sul punto rimando a E. AUGUSTI, *Modernità, « First Global Competition » e Diritto internazionale universale tra Sette e Ottocento*, in *History&Law Encounters*, a cura di A. Sciumè, A.A. Cassi, E. Fusar Poli, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 77-93.

<sup>(62)</sup> J. JOORIS, *Les immunités du patriarcat écuménique en Turquie*, in « *Revue de droit international et de législation comparée* », 16 (1884), p. 228 (227-236); cfr. R. BOTTONI, *Il principio di laicità in Turchia. Profili storico-giuridici*, Milano, Vita e pensiero, 2012, p. 11.

<sup>(63)</sup> E.P. ENGELHARDT, *Les protectorats anciens et modernes. Étude historique et juridique*, Paris, A. Pedone, 1896, p. 33.

<sup>(64)</sup> M.B.C. COLLAS, *La Turquie en 1864*, Paris, E. Dentu, 1864, p. 86; A. NESTI, *Multiculturalismo e pluralismo religioso fra illusione e realtà. Un altro mondo è possibile?*, Firenze, Firenze University Press, 2006, pp. 342-346.

dei *millet*, come della prima comunità religiosa greco-ortodossa del mondo ottomano, una sorta di « stato nello stato [in cui] l'onore, le sorti, la libertà individuale, la libertà di coscienza dei cristiani di rito orientale dipendevano, senza controllo, dal capo della Chiesa di Costantinopoli »<sup>(65)</sup>; « una specie di cristianità incistata in terra islamica — avrebbe tradotto Riccardi — con una struttura mista, religiosa e civile »<sup>(66)</sup>.

Ciò che Engelhardt non diceva, e che invece emergeva in seconda battuta dalla riflessione di Joseph Jooris sulle pagine della *Revue*, era che quello che in apparenza poteva sembrare il riconoscimento di una parziale autonomia concessa ai cristiani ortodossi sotto i buoni auspici della moderazione e della generosità di un sultano onnipotente, altro non era che la gestione transitoria della politica di dominio ottomana. L'atto solenne del privilegio accordato ai cristiani e l'investitura del patriarca ecumenico non erano assimilabili, infatti, scriveva Jooris, ad alcuna convenzione sinallagmatica in grado di creare diritti e obblighi reciproci, né tanto meno di donare a ciascuna delle parti contraenti la facoltà giuridica di esigerne l'esecuzione. Per quanto dunque il sultano, da vincitore e secondo gli usi della « conquista barbara », non avesse imposto ai cristiani la conversione alla fede musulmana, non li avesse ridotti in schiavitù né avesse confiscato i loro beni, il privilegio o l'immunità accordati loro rimanevano nei limiti di una mera concessione graziosa, potenzialmente sempre revocabile<sup>(67)</sup>. Alle varie comunità non musulmane veniva però garantita la propria vita culturale, religiosa e anche, in parte, economica; condizione questa che produceva negli infedeli un senso di appartenenza universale e, al tempo stesso, di affiliazione locale<sup>(68)</sup>. Così fu, per esempio, anche per le comunità israelitiche che ottennero di gestire autonomamente la giustizia a mezzo di un tribunale rabbinico a Costantinopoli; o per

---

<sup>(65)</sup> ENGELHARDT, *La Turquie et le Tanzimat ou Histoire des réformes dans l'Empire Ottoman depuis 1826 jusqu'à nos jours*, Paris, A. Cotillon, 1882, p. 135.

<sup>(66)</sup> Cfr. diffusamente RICCARDI, *La strage dei cristiani*, cit.

<sup>(67)</sup> JOORIS, *Les immunités du patriarcat écuménique en Turquie*, cit., pp. 228-229.

<sup>(68)</sup> VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., p. 35.

gli armeni, cui il governo ottomano riconobbe un giudice supremo competente per tutti gli affari civili e religiosi <sup>(69)</sup>.

Diversa, e sicuramente privilegiata, fu invece la condizione riservata sin dai primi tempi della conquista ottomana alla Chiesa latina. Nel quadro delineato da George Young, ambasciatore inglese a Costantinopoli, i latini, occidentali per etnia, lingua e religione, avevano fatto comunità a parte: ad essa si sarebbero presto integrati gli immigrati europei che, per ragioni diverse, si stabilivano nell'Impero. Le accessioni europee contribuirono non poco a complicare lo *status* dei latini d'Oriente e a connotarne la specialità: Young parlò di « classe des Levantins ». Diversamente dalle altre comunità, la Chiesa latina vantava un'autorità ecclesiastica completamente esterna a quella dell'Impero, che non permetteva alla Porta, e al sultano, di esercitare il dovuto controllo. D'altro canto, l'origine occidentale della comunità e dei suoi adepti finì presto col garantirle una protezione costante da parte delle grandi potenze, ritagliando ai levantini, grazie alla leva del diritto consolare, una posizione di autentica extraterritorialità <sup>(70)</sup>.

Il dibattito andò poi ad animarsi (e a complicarsi ulteriormente) quando le restituzioni sul mondo ottomano non vennero più e soltanto da diplomatici e cronisti, ma da fini orientalisti del calibro di Lodewijk Van den Berg. Nel 1896, Berg scriveva direttamente sulle pagine della *Revue* e riferiva del rapporto speciale che l'Impero ottomano aveva intessuto nel tempo con i culti e le comunità non musulmane, escludendo comunque qualsiasi possibilità di una loro piena assimilazione alla *Umma* (la comunità dei fedeli). L'esclusione degli infedeli dallo stato di diritto, d'altronde, derivava dall'applicazione del cosiddetto principio della personalità della legge in base alla confessione religiosa, principio riconosciuto tra l'altro anche dalla tradizione giuridica occidentale e tradotto nel brocardo latino

---

<sup>(69)</sup> G. YOUNG, *Corps de droit ottoman*, II, Oxford, Clarendon Press, 1905, p. 1.

<sup>(70)</sup> Ivi, p. 122. Sul diritto consolare rinvio a E. AUGUSTI, *La giurisdizione consolare in Oriente: dal primato genovese alla sparizione. Spunti per una riflessione*, in *Alberico e Scipione Gentili nell'Europa di ieri e di oggi. Reti di relazioni e cultura politica*, a cura di V. Lavenia, in *Atti della Giornata Gentiliana in occasione del IV centenario della morte di Scipione Gentili (1563-1616). San Ginesio, 16-17 settembre 2016*, Macerata, EUM, 2018, pp. 153-189; ID., *Storie e storiografie dei Consolati in Oriente tra Otto e Novecento*, in « *Historia et ius* », 11 (2017), pp. 1-17.

*cuius religio eius lex*. Nel primo medioevo, quando l'appartenenza a una stirpe e il connesso « mito del sangue » rappresentavano dei valori indiscussi, il principio che circolava, largamente diffuso e affermato, non era quello della territorialità, ma appunto della personalità del diritto; « ogni persona, all'interno dello stesso regime politico, lungi dall'essere soffocata entro un diritto unitario a proiezione territoriale, [era] portatrice — a seconda delle particolarità del proprio ceppo etnico — di un diritto specifico e differenziato » (71). Allo stesso modo, e non paia azzardato l'accostamento, il diritto islamico era unico per tutti i musulmani, ovunque risiedessero, da qualsiasi potere sovrano dipendessero e a qualsiasi etnia appartenessero. Mancava ogni relazione con il concetto di territorialità, e di conseguenza i concetti di cittadinanza o nazionalità rimanevano estranei al sistema islamico (72). Questo stato di diritto finì col proiettarsi anche sulle altre religioni fondate sui testi rivelati, come il cristianesimo e il giudaismo, con il risultato che quel pluralismo ottomano (come d'altronde lo era stato il pluralismo giuridico medievale) non fosse soltanto « una corallità di culture giuridiche, ma si concret[izzasse] su un piano squisitamente tecnico in una corallità di fonti di produzione » del diritto (73).

Questa idea del « travisamento », dal quale tra l'altro derivavano inevitabili conseguenze sul piano giuridico, fu ripresa e denunciata con più ampie argomentazioni solo negli anni Quaranta del Novecento, grazie all'islamista Carlo Alfonso Nallino. Si era immaginato (cosa vera per il giudaismo dell'età post-biblica, ma falsa per il cristianesimo) che anche per cristiani ed ebrei religione e diritto potessero formare un tutto inscindibile avente origine divina. Perciò, avendo ammesso che i non musulmani, seguaci dei culti rivelati da Dio nell'età anteriore all'islam, fossero tollerati, e in particolari condizioni lasciati liberi di praticare i loro culti, si dovette anche

---

(71) Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 54.

(72) L.W.C. VAN DEN BERG, *Les réformes législatives en Turquie*, in « Revue de droit international et de législation comparée », 28 (1896), pp. 241-242 (237-267, 424-444), « Les musulmans de toute langue et de toute couleur sont des frères, qui à la rigueur devraient appartenir à une seule communauté politique, sous les ordres du représentant d'Allah, le souverain, le commandeur des croyants ».

(73) Cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit.

ammettere che « questa libertà religiosa implicasse l'esenzione dal diritto musulmano e l'obbligo di seguire la presunta legge cristiana o, rispettivamente, la giudaica e di sottostare alle rispettive autorità religiose, quando non si trovasse in causa anche un musulmano » (74). Da qui, secondo Nallino, l'atteggiamento di concessione dei relativi benefici da parte del sultano. Sarebbe quindi legittimo chiedersi, indagando sulla tolleranza dell'impianto pluralistico ottomano, se quella stessa fosse stata più la conseguenza di un travisamento che non la scelta lungimirante e consapevolmente pluralista di un sultano illuminato.

##### 5. Dal « caleidoscopio etnografico » all'invenzione della nazione.

Travisamenti a parte, sembrava che al « metodo romano » del *divide et impera* l'Impero ottomano avesse preferito, « forse troppo ingenuamente », il patriarcale *laissez faire* degli economisti: « sovra ogni cosa — scriveva Emanuele Civita sulle pagine della *Rivista europea* all'indomani della promulgazione della legge sulla nazionalità ottomana del 1869 — [il sultano] volle rispettate le costumanze e l'autonomia delle popolazioni che la vittoria aveva poste sotto il suo scettro. Così alle varie comunioni stabilite *ab antiquo* sulle terre conquistate lascia libero culto e libera gestione dei loro particolari interessi. [...] Le demarcazioni poi e le fisionomie di quei popoli, serbatesi tuttodi spiccate in quel caleidoscopio etnografico in onta a quattro secoli di perturbate condizioni e di guerre guerreggiatevi, sono un diploma d'onore, se non all'accorta sollecitudine di questi Sultani per l'avvenire del loro impero, almeno al loro spirito di tolleranza verso i popoli assoggettati loro dalla vittoria » (75).

Se dunque al sultano spettava un « diploma d'onore », certo qualche riconoscenza avrebbero pur dovuto meritarsela le *élite* ottomane, connettore irrinunciabile tra i « due centri » dell'Impero. « Em-

---

(74) C.A. NALLINO, *Raccolta di scritti editi ed inediti*, vol. IV, *Diritto Musulmano. Diritti Orientali Cristiani*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1942, pp. 4-5. Il medesimo principio — notava Nallino — fu l'origine naturale dei poteri giurisdizionali riconosciuti ai consoli europei in regime di capitolazioni.

(75) E. CIVITA, *La vertenza orientale e il Congresso di Berlino*, in « Rivista europea. Rivista internazionale », VIII (1878), pp. 721-723 (703-729).

pire is about relationships », avrebbe scritto nel 2001 Alexander J. Motyl, sintetizzando perfettamente il pensiero del sociologo norvegese Johan Galtung. In questa definizione, semplice e dinamica, l'Impero appariva come una trama infinita di relazioni. Da una parte il nucleo, *the core*; dall'altra, le periferie, *the peripheral nations*. Le *élite* periferiche dialogavano con l'*élite* centrale in un rapporto a 'doppio centro' che ignorava totalmente — « [it] is missing », scriveva Motyl — qualsiasi relazione 'orizzontale' tra periferia e periferia <sup>(76)</sup>.

Questo « capacious administrative apparatus » <sup>(77)</sup>, che per Barkey avrebbe potuto comprendersi a pieno solo con « a particular understanding of Islam », poteva trovare a sua volta degli spunti di comprensione in quelle *communitates* medievali che avevano preceduto la formazione degli Stati territoriali in Europa tra quattordicesimo e quindicesimo secolo. Dotate di personalità giuridica e governate essenzialmente dalle stesse comunità che vi abitavano, le *communitates* avevano rappresentato quella « forte maglia » di poteri « capace di ordinare efficacemente la convivenza civile » e che si rivelò funzionale alle esigenze di uno Stato ancora quasi del tutto sprovvisto di apparati propri e, al tempo stesso, « alla disperata ricerca di alleati istituzionali a cui appoggiarsi per svolgere le funzioni per lui più essenziali ». Fin dal tardo Medioevo, l'esperimento statale aveva segnato una collaborazione particolarmente intensa tra poteri centrali e comunità periferiche con l'idea, condivisa dai giuristi medievali, che ogni corpo comunitario avesse potuto esercitare liberamente tutte le facoltà che gli derivavano dalla titolarità di una sua personalità giuridica e dal consenso dei suoi membri, senza venir meno al riconoscimento nel principe di ogni attribuzione potestativa legata alla sua superiorità politica e, in primo luogo, al suo ruolo fondamentale di « erogatore della giustizia e di garante della pace territoriale ». Questo dualismo nel linguaggio della dottrina si espresse nella contrapposizione tra sfera della

---

<sup>(76)</sup> A.J. MOTYL, *Imperial Ends. The Decay, Collapse, and Revival of Empires*, New York, Columbia University Press, 2001, p. 13.

<sup>(77)</sup> BARKEY, *Islam and Toleration*, cit., p. 9.

*administratio* e sfera della *iurisdictio*, caratteristica dello Stato giurisdizionale (78).

Eccezion fatta per l'elemento etnico-confessionale, quelle somiglianze con l'impianto dei *millet* c'erano, e si evidenziavano come estremamente suggestive e interessanti: la permanenza in Oriente del rapporto centro-periferie da una parte e del sultano come garante della *pax* dall'altra avrebbero di fatto giustificato la longevità dell'Impero oltre il tempo dell'alternativa europea dello Stato. L'Impero ottomano rappresentò in sé questo modello di coabitazione e coesistenza pacifica tra *peripheral nations*, tra fedi e culture differenti, tra comunità in costante dialogo con il centro (79): un'osmosi fluida e proficua che caratterizzò il complesso mosaico della *pax ottomana* e che vide nei *millet* la sua struttura portante e nelle *élite* di notabili l'anello di congiunzione con Costantinopoli (80).

I *millet*, le *peripheral nations* di Motyl, definivano le comunità religiose dell'Impero senza riferirsi a precisi limiti territoriali. Si trattava di comunità dotate di diritti e autonomie amministrative, « non alternative ma complementari all'integrazione nel tessuto giuridico e civile imperiale » (81). Sarà Giorgio Del Zanna a tradurre questo scenario sociale nell'idea di 'comunitarismo' ottomano: per lo storico, era l'appartenenza ai *millet* a determinare l'identità degli individui. Se in Europa il centro delle trasformazioni socio-culturali ottocentesche sarebbe diventato l'individuo, nell'Impero il soggetto sociale principale restava la 'comunità'. Il pluralismo era quello dei « corpi collettivi » che attraverso i *millet* esprimevano identità culturali e religiose molto diverse tra loro. L'appartenenza comunitaria era priva di qualunque identificazione geografica e questo di fatto scongiurava il rischio che i *millet* venissero marginalizzati nella loro dimensione periferica rispetto al potere centrale e, allo stesso tempo, che si auto-marginalizzassero. Le relazioni con *the core* erano con-

---

(78) Cfr. in più punti, L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in « Quaderni fiorentini », 19 (1990), pp. 323-504.

(79) MOTYL, *Imperial Ends*, cit., pp. 12-13.

(80) Cfr. E.R. DURSTELER, *Venetians in Constantinople: Nation, Identity, and Coexistence in the Early Modern Mediterranean*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2006. Cfr. MOTYL, *Imperial Ends*, cit., pp. 14-15.

(81) DONELLI, *Islam e pluralismo*, cit., p. XIV.

tinuamente rinnovate grazie all'intermediazione delle *élite*, la fedeltà al potere imperiale, che si esprimeva nella lealtà al sultano, ne veniva fuori irrobustita. Se i singoli gruppi, infatti, potevano conservare e tramandare lingua, usi e costumi della propria cultura, rimanevano comunque soggetti a un processo di lenta e informale 'ottomanizzazione' che, visibile in altri ambiti della vita quotidiana, traduceva quella verticalità delle relazioni imperiali <sup>(82)</sup>.

Questo scenario cambiò in toto con l'avvio delle riforme (*Tanzimat*), con esiti diametralmente opposti rispetto a quanto avvenne in Europa col passaggio allo Stato moderno. Se, infatti, lì le *communitates* erano state il punto di forza dello Stato nascente, qui a decretare la condanna dell'Impero fu proprio la divisione dei popoli dell'Impero in gruppi nazionali, proiezione dei *millet* <sup>(83)</sup>. Il modello pluralista stava fallendo, e con esso la tolleranza etnico-confessionale, baluardo della conduzione imperiale <sup>(84)</sup>. In particolare, con la promulgazione dell'*Hatt-ı hümayun* di Gülhâne del 1839 (il rescritto imperiale del cambiamento) la disomogeneità strutturale dell'Impero venne definitivamente messa in crisi. Il rescritto rispondeva alle « persistent demands » delle potenze occidentali di garantire l'uguaglianza a tutti i sudditi dell'Impero, e avrebbe segnato il primo passo verso la graduale definizione delle cosiddette « Ottoman liberties » <sup>(85)</sup>. Per quanto non attivasse alcun meccanismo giuridico per assicurarne l'efficacia, il rescritto di Gülhâne parlava di giustizia, equa ripartizione dell'imposta e della spesa pubblica, soppressione dell'arbitrio in tutti i gradi del potere, legalità assoluta

---

<sup>(82)</sup> DONELLI, *Islam e pluralismo*, cit., p. 106.

<sup>(83)</sup> Cfr. D. ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000, p. 12.

<sup>(84)</sup> J. MCCARTHY, *I turchi ottomani dalle origini al 1923*, Genova, Ecig, 2005, p. 331. Cfr. MELIS, *Turchità, comunitarismo e identità*, cit., p. 22.

<sup>(85)</sup> S.R. SONYEL, *Minorities and the deconstruction of the Ottoman Empire*, Ankara, Turkish Historical Society Printing House, 1993, p. 147; E. MEAD EARLE, *The New Constitution of Turkey*, in « Political Science Quarterly », 40 (1925), p. 73 (73-100). Cfr. sul punto U. MAKDISI, *After 1860: debating religion, reform, and nationalism in the Ottoman empire*, in « International Journal of Middle East Studies », 34 (2002), p. 601 (601-617). Sui movimenti di riforma e costituzionalizzazione dell'Impero, si veda I.E. PETROSYAN, *On the Motive Forces of the Reformist and Constitutionalist Movement in the Ottoman Empire*, in *Économie et sociétés dans l'Empire ottoman (fin XVIII-début du XXe siècle)*, J.-L. Bacqué-Grammont, P. Dumont (par), Paris, CNRS, 1983, pp. 13-24.

di tutti gli atti amministrativi e giudiziari, abolizione della venalità delle cariche e del canone delle rendite del fisco e, soprattutto, di tolleranza religiosa, uguaglianza e libertà di coscienza. La storiografia è unanime nel ritenere che gli impegni di Gülhâne sarebbero rimasti « only morally binding upon the Sultan »; ciò nonostante, è innegabile che finirono col segnare « the first important break with the autocratic and absolutist political traditions of the Empire »<sup>(86)</sup>.

L'enunciazione del principio di uguaglianza tra sudditi musulmani e non musulmani segnò il punto di non ritorno. Un principio di questo tipo, un *primum* assoluto nella storia dell'Impero, « non avrebbe potuto instaurar[si] facilmente [...] senza portare serio e pericoloso pregiudizio » alla costruzione dottrinale della nomocrazia ottomana<sup>(87)</sup>. Espunto in maniera un po' improvvisata dall'esperienza rivoluzionaria francese<sup>(88)</sup>, il principio ugualitario venne introdotto con l'intento condiviso dalle élite di rafforzare lo Stato dall'interno e di unire le numerose comunità presenti sotto la guida del sultano: con la proclamazione dell'uguaglianza di tutti i sudditi davanti alla legge si sarebbe determinata la costruzione di una forte identità ottomana, l'« ottomanesimo »<sup>(89)</sup>. Ciò che invece si determinò fu il definitivo indebolimento della trama dell'Impero e, allo stesso tempo, il tradimento della fiducia della sua comunità. La sola

---

(86) *Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey*, E. Özbudun, Ö. Faruk Gençkaya (eds.), Budapest, Central European University Press, 2009, p. 7. D. QUATAERT, *Part IV. The Age of Reforms, 1812-1914*, in *An Economic and Social History of the Ottoman Empire, 1300-1914*, H. İnalcık, D. Quataert (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 764 (759-946), vedeva nel 1876 un ulteriore passaggio di quel processo di graduale allineamento del Medio Oriente ai sistemi politici occidentali: « just as the 1839 and 1856 Reform decrees and the 1876 Constitution more closely aligned Middle Eastern with Western political structures ».

(87) DE LEONE, *L'Impero ottomano nel primo periodo delle riforme*, cit., p. 127; cfr. W.B. HALLAQ, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Ş. Mardin, *The Genesis of Young Ottoman Thought: A Study in the Modernization of Turkish Political Ideas*, Syracuse, Syracuse University Press, 2000, pp. 82-86; S. ZUBAIDA, *Is There a Muslim Society? Ernest Gellner's Sociology of Islam*, in « Economy and Society », 24 (1995), pp. 151-188; MELIS, *Turchità, comunitarismo e identità*, cit., p. 66.

(88) B. BRIGHTFIELD JELAVICH, *History of the Balkans. Eighteenth and Nineteenth Centuries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 171 e ss.

(89) MELIS, *Turchità, comunitarismo e identità*, cit., p. 27.

e ‘violenta’ proclamazione del principio di uguaglianza divenne infatti l’inesco di due, deprecabili e opposte, reazioni. Da una parte, la spinta identitaria di matrice islamica: i cristiani, con la fine delle discriminazioni giuridiche e grazie all’intervento paternalistico occidentale, avrebbero guadagnato spazio all’interno dell’Impero, prosperando e giungendo, in molti casi, a rivendicare l’indipendenza. La fine dei privilegi e dello *status* di superiorità sarebbe stata fonte di frustrazione e malcontento per la componente islamica dell’Impero; quelle innovazioni ne stavano alterando la tradizione per sempre <sup>(90)</sup>. Dall’altra, la reazione secessionista dei nazionalismi anti-ottomani, sempre più « a disagio » nei nuovi assetti imperiali. Bernard Heyberger scrisse che « l’inferiorità giuridica del *dhimmi* si mutò in un privilegio, perché le minoranze divennero oggetto di protezione di una potenza europea, la Francia per i cattolici, la Russia per gli ortodossi e la Gran Bretagna per gli ebrei » <sup>(91)</sup>. Nelle sacche dei nuovi e ingestibili conflitti interconfessionali si sarebbero insinuate le politiche coloniali dell’Occidente <sup>(92)</sup>. Il pluralismo ottomano ne usciva minato alla base e al suo posto andavano alimentandosi le derive etnico-nazionaliste che avrebbero condotto velocemente alla « mutilazione territoriale » dell’Impero <sup>(93)</sup>.

Per quanto, adattando Johann Gottfried Herder, con i *millet* la mescolanza di « lieviti stranieri » c’era stata e aveva servito da « fermentazione » per il progresso dell’Impero <sup>(94)</sup>, era pur vero che ora, per effetto di quei lieviti e della spinta derivata dal principio di uguaglianza da una parte e dall’immistione delle grandi potenze nelle cose ottomane dall’altra, quel pluralismo virtuoso era divenuto un’arma a doppio taglio. In quella fase di debolezza ed incertezza sociale, il nazionalismo aveva tentato la strada del ‘dominio’ per

---

<sup>(90)</sup> G. DEL ZANNA, *La fine dell’Impero ottomano*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 77.

<sup>(91)</sup> B. HEYBERGER, *Les Chrétiens du Proche-Orient. De la compassion à la compréhension*, Paris, 2013, p. 177.

<sup>(92)</sup> J.L. GELVIN, *Storia del Medio Oriente moderno*, Torino, Einaudi, 2009, pp. 98-107.

<sup>(93)</sup> DEL ZANNA, *La fine dell’Impero ottomano*, cit., pp. 129-158. Cfr. diffusamente RICCARDI, *La strage dei cristiani*, cit.

<sup>(94)</sup> F. CHABOD, *L’idea di nazione*, Roma-Bari, Laterza, 1961, p. 50.

« cementificare la coesione del sistema sociale » ottomano <sup>(95)</sup>, ma aveva fallito, determinandone gli esiti più nefasti.

Negli stessi anni in cui Federico Chabod perfezionava il suo itinerario logico dell'idea di nazione, Elie Kedourie riconosceva le origini europee della dottrina nazionalistica e si interrogava sugli esiti di un trapianto della forma-nazione in area medio-orientale <sup>(96)</sup>. Al di là della spazialità giuridica europea, le 'nuove' nazioni risultavano « drammaticamente visibili » <sup>(97)</sup>. La loro era una storia che iniziava spesso in maniera anomala <sup>(98)</sup>: non si arrivava alla nazione per così dire *motu proprio*, ma per intervento esterno. Questo implicava che, spesso, nell'inquadramento posticcio nella formazione i tre elementi di Stato, nazione e società si saldassero a stento. I confini apparivano fragili, disegnati dalle grandi potenze più in funzione dei propri interessi strategici che della distribuzione dei gruppi etnici. Inoltre, questa assenza di un minimo comune denominatore culturale spesso inceppava *ab origine* il funzionamento della nuova macchina politica <sup>(99)</sup>. Una forma di dominio coloniale 'indiretto', dunque, che contribuiva all'« obliterazione culturale » immaginata da Frantz Fanon: quei popoli venivano in qualche modo 'disconnessi' dalla loro cultura attraverso la negazione della loro realtà locale, l'introduzione di nuovi rapporti giuridici e

---

<sup>(95)</sup> B. CORINO, *Origine e formazione della "religione civile" nell'epoca risorgimentale*, Raleigh, Lulu, 2016, p. 12; P.J. VATIKIOTIS, *Islam: Stati senza Nazioni*, Milano, Est, 1998, p. 58.

<sup>(96)</sup> Cfr. E. KEDOURIE, *Nationalism*, New York, Wiley-Blackwell, 1960. Sul concetto di « trapianto » e sui suoi esiti attuali rinvio a E. AUGUSTI, *Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione*, in « Forum Historiae Iuris », 23 giugno 2016, <http://www.forhistiur.de/2016-06-augusti>.

<sup>(97)</sup> E.J. HOBBSAWM, *The age of capital, 1848-1875*, London, Abacus, 1975, trad. it. *Il trionfo della borghesia, 1848-1875*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 103.

<sup>(98)</sup> Per W. REINHARD, *Storia del colonialismo*, Torino, Einaudi, 2002, p. 235, erano « popoli senza storia e senza scrittura ».

<sup>(99)</sup> R. SCARTEZZINI, *Stati, nazioni, confini. Elementi di sociologia delle relazioni internazionali*, Roma, Carocci, 2000, pp. 21-22. Sullo spazio coloniale come proiezione della sovranità delle nazioni e, più in generale, sulla costruzione dello spazio « dato » e « deciso », vedi M. MECCARELLI, *The Assumed Space: Pre-reflective Spatiality and Doctrinal Configurations in Juridical Experience*, in « Rechtsgeschichte », 23 (2015), p. 247 (241-252).

l'asservimento sistematizzato a nuovi impianti istituzionali<sup>(100)</sup>. La forma-nazione e la sua mitologia rappresentavano il tempo nuovo<sup>(101)</sup>. Fatto salvo (ove ci fosse stato) il livello per così dire 'spirituale' dei fenomeni nazionalistici, quell'ambito cioè « vero ed essenziale » per cui una nazione esisteva ed era sovrana molto prima che lo diventasse anche politicamente, la forma-nazione si trasferiva infatti come premessa necessaria all'impianto della complessa discorsività giuridica occidentale (costituzioni, rappresentanza, parlamenti, codici, etc.) che l'avrebbe seguita<sup>(102)</sup>. Benedict Anderson parlò di carattere modulare del concetto di 'nazione', proprio in riferimento alla creazione degli Stati nazionali all'indomani della crisi degli imperi<sup>(103)</sup>. Ma non solo. La forma-nazione si prestava ad un doppio uso: era sì strumento per superare il vecchio impero<sup>(104)</sup>, ma era anche strumento di controllo del nuovo imperialismo (colonia) occidentale.

Kedourie rafforzava quest'analisi con una riflessione critica sull'idea di nazione e sul nazionalismo: quest'ultimo, scriveva, era un prodotto della « disaffection » degli intellettuali, una parte di quel 'tragico dispiegarsi' della modernità nella storia del mondo; niente di più che una 'manipolazione' di quel « totally universalistic principle of self-determination » così chiaramente enunciato da Kant. Un'inu-

<sup>(100)</sup> Fanon citato in Luigi NUZZO, *Memoria, identità e uso pubblico della storia: l'invenzione del derecho indiano*, in «Forum Historiae Iuris», 15 (2013), <http://www.forhistiur.de/2013-04-nuzzo/>.

<sup>(101)</sup> Cfr. P. CHATTERJEE, *Nationalist Thought and the Colonial World: A Derivative Discourse*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1993.

<sup>(102)</sup> *Ibidem*; E. BALIBAR, *The Nation Form: History and Ideology*, in *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*, E. Balibar, I. Wallerstein (eds.), London, Verso, 1991, pp. 86-106. Cfr. in questi termini, S. CONRAD, *Storia globale. Un'introduzione*, Roma, Carocci, 2015, p. 149; vedi diffusamente su questo aspetto AUGUSTI, *Un diritto possibile*, cit.; ID., *Ripensare la nazione ottocentesca. Vecchi e nuovi paradigmi tra storia, diritto e globalità*, in *Reading the crisis. Legal, Philosophical and Literary Perspectives*, M. Meccarelli (ed.), Madrid, Editorial Dykinson, 2017, pp. 65-97.

<sup>(103)</sup> B. ANDERSON, *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, Roma, Manifestolibri, 2009, p. 91. Sui meccanismi concreti della diffusione della forma-nazione, cfr. M. GOSWAMI, *Rethinking the Modular Nation Form: Toward a Sociohistorical Conception of Nationalism*, in «Comparative Studies in Society and History», 44 (2000), pp. 776-783.

<sup>(104)</sup> LEONHARD, HIRSCHHAUSEN, *Imperi e stati nazionali nell'Ottocento*, cit., p. 9.

tile complicazione, una distorsione. Il principio, a suo dire, era stato « twisted » dai filosofi tedeschi (e non solo) per ‘servire’ « the celebration of particularism and parochialism in nationalist ideology »<sup>(105)</sup>. L’approccio dello storico capovolgeva, dunque, l’assunto consolidato dall’esperienza giuridica occidentale ottocentesca per cui la nazione precedeva naturalmente (e provvidenzialmente) lo Stato. In questo pensiero, però, Kedourie non era solo; su più punti il suo ragionamento riprendeva quello del sociologo e antropologo inglese Ernest Gellner, suo contemporaneo. Per Gellner le nazioni non erano il prodotto della storia culturale, linguistica e religiosa dei singoli popoli, ma la creazione di gruppi di potere che, valendosi della mediazione degli intellettuali, avevano predisposto apparati ideologici a titolo di giustificazione di un’istanza di unità politica. Più in generale: non era stata l’appartenenza a legittimare la sovranità, ma viceversa; non ci poteva essere nazione senza Stato<sup>(106)</sup>; la nazione altro non era che un’invenzione per legittimare l’esercizio del potere dello Stato e, in prospettiva, quello della società degli Stati.

L’idea di nazione di Kedourie come di Gellner, così contaminata dalla sua dimensione ‘esterna’ o ‘di ritorno’<sup>(107)</sup>, ci viene utile nel tentativo di comprendere ciò che accadde nell’esperienza dell’Impero ottomano<sup>(108)</sup>. Lo stato di deriva al quale si era avviato nell’Ottocento, aveva convinto l’ala progressista della *élite* ottomana della necessità di superare le obsolete architetture del governo e di ripensare l’Impero come nazione moderna, come Stato-nazione. Da

---

<sup>(105)</sup> P.M. KITROMILIDES, *Elie Kedourie’s Contribution to the Study of Nationalism*, in « Middle Eastern Studies », 41 (2005), 5, p. 661 (661-663).

<sup>(106)</sup> E. GELLNER, *Nazioni e nazionalismo*, Roma, Editori Riuniti, 1997; cfr. S. LANARO, *Dove comincia la nazione? Discutendo con Gellner e Hobsbawm*, in « Meridiana », 11-12 (1991), p. 355 (355-366).

<sup>(107)</sup> Penso, in questo senso, alle teorie di Becker Lorca, per il quale sarebbero da valorizzare le dinamiche grazie alle quali categorie e modelli d’uso comune nel diritto di matrice europea, parzialmente assorbiti dai sistemi di destinazione, vengono restituiti all’Europa. Cfr. A. BECKER LORCA, *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*, in « Harvard International Law Journal », 51 (2010), 2, pp. 481, 475 (475-552).

<sup>(108)</sup> Cfr. D. GÜRPINAR, *Ottoman/Turkish Visions of the Nation, 1860-1950*, Berlin, Springer, 2013.

nazione, infatti, avrebbe potuto scongiurare la crisi e ritagliarsi un ruolo nella comunità internazionale. In questa aspirazione l'islam non sembrava avvertirsi come limite, né giocare alcun ruolo frenante: d'altronde, l'episodio della partecipazione al congresso di Parigi del 1856 aveva indotto questo genere di ottimismo<sup>(109)</sup>. In questo percorso di ripensamento, di re-invenzione, la Porta arrivò a promulgare nel 1869 una Legge sulla nazionalità e, addirittura, nel 1876, a suggellare in un testo costituzionale (per quanto poco duraturo)<sup>(110)</sup> un'identità nazionale impiantata *ex novo*, ricondotta con sollecitudine all'*Osmanlılık*, all'« ottomanesimo », e legata indissolubilmente all'ideale di integrità e unità dello Stato. Il sistema dei *millet* aveva applicato il principio della personalità della legge: qualsiasi membro, indipendentemente da dove si trovasse, era soggetto alla giurisdizione della sua comunità religiosa. Questo della giurisdizione era stato letto come un privilegio e dunque, secondo la lettura che ne ha dato Fikret Adanir, come fonte possibile di conflitto « between the *millet* hierarchies and the modernising centralist state »<sup>(111)</sup>. L'ottomanesimo era un concetto di nazione politica che per sua stessa natura superava questo principio della personalità della legge e muoveva verso quello dell'unità territoriale dello Stato.

L'ottomanesimo ottocentesco non ebbe grande *appeal* per i *millet* ottomani, appariva come una scelta dettata dalle contingenze, un « political style »<sup>(112)</sup>, una goffa 'reazione nazionalistica' all'ingombrante presenza straniera; la replica acerba alla moltiplicazione

<sup>(109)</sup> Rimando integralmente sul punto a AUGUSTI, *Questioni d'Oriente*, cit.

<sup>(110)</sup> Per uno studio sul costituzionalismo nel pensiero politico arabo-islamico, R. BAHLUL, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di Pietro Costa, Danilo Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 617-645. Cfr. anche U. MAKDISI, *After 1860: Debating Religion, Reform, and Nationalism in the Ottoman Empire*, in « International Journal of Middle East Studies », 34 (2002), pp. 601-617. Vedi diffusamente AUGUSTI, *Questioni d'Oriente*, cit., p. 334 e ss.

<sup>(111)</sup> F. ADANIR, *The Macedonians in the Ottoman Empire, 1878-1912*, in *The Formation of National Elites in Comparative Studies on Governments and Non-Dominant Ethnic Groups in Europe, 1850-1914*, A. Kappeler (ed.), in coll. with F. Adanir, A. O'Day, 8 voll., New York, European Science Foundation / New York University Press, 1992, pp. 166-167 (161-191).

<sup>(112)</sup> A. TAMER TORUN, *The Balkan Imagination of Balkan-Origin Intellectuals: from Ottomanism to Nationalism*, in *Balkan Nationalism(s) and the Ottoman Empire*, D.

di gruppi, nazionalità e minoranze etniche di un governo esasperato. L'ottomanesimo ottocentesco era l'imposizione del concetto di Stato-nazione a un mosaico di « intermingled people » per religione, etnie, lingue e culture diverse<sup>(113)</sup>; l'alternativa imposta ai nazionalismi 'insoddisfatti' di quelle province la cui « national consciousness » era ancora in formazione<sup>(114)</sup>. D'altronde, non ebbe esiti più felici. Per una parte della storiografia l'insuccesso del 'trasferimento' della forma-nazione era da ascrivere all'estraneità del concetto di nazione alla tradizione giuridica islamica, « che conosce non la 'nazione', ma la 'comunità dei credenti' »<sup>(115)</sup>; oltre che al fatto che le nazioni fossero percepite più come « surrogato di un concetto squisitamente tribale » che come premesse naturali degli Stati, dei quali tra l'altro non condividevano il linguaggio della sovranità territoriale<sup>(116)</sup>. L'appartenenza alla comunità dei credenti, alla *umma*, prescindeva dall'etnia, dal territorio e dai suoi

---

Stamatopoulos (ed.), 3 voll., Istanbul, ISIS Press, 2015, vol. I, *National Movements and Representations*, p. 255 (251-266).

<sup>(113)</sup> *The Formation of National Elites*, cit., p. xviii; *Religion, Ethnicity and Contested Nationhood in the Former Ottoman Space*, J.S. Nielsen (ed.), Leiden, Brill, 2012.

<sup>(114)</sup> H. SETON-WATSON, *Unsatisfied Nationalism*, in « Journal of Contemporary History », 6 (1971), p. 3 (3-14); cfr. B. BERNARDINI D'ARNESANO, *Costituzionalizzazione, Ottomanesimo e Identità Nazionale*, Cavallino, Pensa editore, 2004; P. ARMINJON, *De la nationalité dans l'Empire Ottoman*, 1, Paris, A. Chevalier-Maresq & C.ie, 1993; T. PAPASIAN, *La nationalité ottomane*, in « Revue de droit international et de législation comparée », 13 (1911), pp. 286-301; AUGUSTI, *Storie e storiografie dei Consolati in Oriente*, cit. Cfr. R. SCHULZE, *Il mondo islamico nel XX secolo. Politica e società civile*, Milano, Feltrinelli, 2004, p. 35; P.G. DONINI, *Le minoranze*, Milano, Jaca Book, 1998, p. 70; V. POGGI, *Millet, da religione a nazione*, in *Umanità e nazioni nel diritto e nella spiritualità da Roma a Costantinopoli a Mosca*, P. Catalano, P. Siniscalco (a cura di), Roma, Herder, 1995, pp. 43-53; F. MUGE GÖÇEK, *Ethnic Segregation, Western Education and Political Outcomes: Nineteenth Century Ottoman Society*, in « Poetics Today », 14 (1993), 3, pp. 507-538. Vedi anche G. POGGESCHI, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, Carocci, 2010.

<sup>(115)</sup> G. GOZZI, *Umano, non umano. Intervento umanitario, colonialismo, « primavere arabe »*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 122, cita, con riferimento all'esperienza di nazionalismo algerino, A. SAYAD, *Algeria: nazionalismo senza nazione*, Messina, Mesogea, 2003.

<sup>(116)</sup> S. MELA, *Islam: nascita, espansione, involuzione*, Roma, Armando, 2005, p. 175. Vedi anche G. VERCELLIN, *Islam. Fede, legge e società*, Firenze, Giunti, 2003, p. 87 e ss.

confini. La *Shari'a*, d'altronde, non era semplicemente una legge o un codice dello Stato: era un vero e proprio sistema di valori « transcending regional, ethnic, and racial allegiances », rappresentava la comunità musulmana globale, « the polity united around brotherhood in Islamic faith »<sup>(117)</sup>, individuava un'«altra» fratellanza. In altri termini, se quello della *Shari'a* era un concetto 'metacostituzionale', quello della *umma* era un concetto 'metastatale'<sup>(118)</sup>. La *umma* non aveva bisogno dello Stato. Quando però la stessa Costituzione del 1876 riconobbe all'art. 11 l'islam a religione di Stato, il progetto nazionale giunse irrimediabilmente ad un corto circuito: il compromesso panislamico era insostenibile e, non essendo funzionale allo scopo, avrebbe condotto le ingenuie aspirazioni nazional-ottomanistiche al fallimento<sup>(119)</sup>.

#### 6. *Una reviviscenza del modello millet?*

Come scrive Del Zanna, quella « rapida e traumatica » fine del pluralismo delle comunità dei *millet* determinò un grande vuoto che lasciò strascichi enormi nel destino della Repubblica turca. La riduzione *ad unum* e la semplificazione forzata del panorama etnico-confessionale indebolirono il piano demografico e sociale dell'Impero: fu in questo contesto che prese piede il kemalismo. Favorita da queste particolari condizioni, l'ideologia nazionalistica poté più facilmente perseguire un progetto politico-sociale che guardava alla piena sovrapposizione tra Stato e società<sup>(120)</sup>. Restava da chiedersi se in questo il sistema dei *millet*, che tanto aveva contribuito ad alimentare la ricchezza e la potenza ottomana, non si fosse rivelato alla lunga più un elemento di disgregazione che uno strumento di

---

<sup>(117)</sup> R. SENTURK, *Muslim community and polity, or ummah*, in *Medieval Islamic Civilization: An Encyclopedia*, Joseph W. Meri (ed.), London, Routledge, 2006, pp. 535-536.

<sup>(118)</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, *Prefazione*, in A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

<sup>(119)</sup> Cfr. AUGUSTI, *Questioni d'Oriente*, cit., p. 338.

<sup>(120)</sup> G. DEL ZANNA, *Società civile, pluralismo e minoranze in Turchia*, in « Asia Major », 2 (2015), pp. 31-41; ID., *La fine dell'Impero ottomano: geopolitica, riforme e crisi del pluralismo*, in *Il tramonto degli Imperi (1918-2018)*, a cura di D. Breschi, A. Ercolani, A. Macchia, Canterano, Aracne, 2020, pp. 27-42.

inclusione<sup>(121)</sup>. Nodo cruciale fu senz'altro l'introduzione dell'uguaglianza materiale su modello europeo e, dunque, delle pari opportunità garantite a tutte le componenti etnico-confessionali dell'Impero<sup>(122)</sup>. Per quanto, come ebbe modo di riconoscere lo storico turco Yusuŷ Hikmet Bayur, « pochi movimenti al mondo suscitarono tante speranze quanto quello costituzionale ottomano »<sup>(123)</sup>, si dovette presto ammettere che quel progetto di unificazione delle varie componenti dell'Impero sotto una comune identità ottomana fosse di fatto irrealizzabile. Talât bey, uno dei capi principali della forza trainante del CUP (Comitato Unione e Progresso) espresse chiaramente la situazione:

Sapete bene che nel quadro della costituzione è stata affermata l'eguaglianza tra musulmani e infedeli. Ma tutti sappiamo e sentiamo che questo ideale non può essere realizzato. La legge coranica, tutta la nostra storia, i sentimenti di centinaia di migliaia di musulmani e del resto la resistenza degli stessi infedeli ai tentativi di ottomanizzazione costituiscono un ostacolo insormontabile all'instaurazione di una vera eguaglianza. Per rendere l'infedele un leale ottomano ne abbiamo fatti, di tentativi, e sono falliti; e finché i piccoli stati balcanici continuano a fomentare il separatismo tra i macedoni tutti i nostri sforzi sono condannati all'insuccesso. Di conseguenza, finché non riusciamo nel nostro compito di ottomanizzare l'impero — compito lungo e arduo, che tuttavia ho il coraggio di dire fin d'ora che riusciremo a portare a termine, quando gli stati balcanici avranno finalmente posto fine alle loro provocazioni e alla loro propaganda — di eguaglianza non si può discutere<sup>(124)</sup>.

Se questi furono in parte gli esiti, restava che il sistema dei *millet* connotasse l'esempio più riuscito e longevo di autonomia non territoriale mai realizzato<sup>(125)</sup>. Quasi centocinquanta anni dopo la sua scomparsa per mano dello stato nazionale, un certo numero di storici, scienziati sociali e persino politici hanno continuato a evi-

---

<sup>(121)</sup> Vedi diffusamente in DEL ZANNA, *Società civile, pluralismo e minoranze in Turchia*, cit.

<sup>(122)</sup> M. CAMPANINI, *Prefazione* a DONELLI, *Islam e pluralismo*, cit., pp. X-XI.

<sup>(123)</sup> Citato in D. İLKBAHAR, *L'identità nazionale e religiosa in Albania nel contesto tardo ottomano*, in *Rotte Adriatiche. Tra Italia, Balcani e Mediterraneo*, a cura di S. Trinchese, F. Caccamo, Milano, FrancoAngeli, 2011, p. 77.

<sup>(124)</sup> Citato *ibidem*.

<sup>(125)</sup> Vedi anche E. CUKANI, *Quel che resta dello Stato. Il differenziale, territoriale e non, delle autonomie nei Balcani occidentali*, Napoli, ESI, 2018, pp. 17-119.

denziarne le virtù in termini di governabilità multi-livello e tenuta sociale.

Tra la fine del ventesimo e l'inizio del ventunesimo secolo, la disillusione nei confronti dello stato-nazione e del suo tentativo di imporre (di fatto) l'omogeneità a popoli culturalmente e linguisticamente diversi ha attirato una rinnovata attenzione sul pluralismo ottomano e sui *millet*. Con l'aumento dei conflitti etnici e religiosi nel mondo contemporaneo, quei sistemi imperiali e la loro buona gestione della diversità sono gradualmente divenuti oggetto di racconti 'nostalgici'. L'Impero è parso un buon punto d'osservazione in antitesi allo stato-nazione, e il sistema dei *millet* un buon antidoto all'omogeneizzazione culturale. L'autonomia su base non territoriale, la particolare conduzione giurisdizionale rimessa ai tribunali comunitari in materia di status personale, gli effetti sul fronte della prevenzione dei conflitti religiosi ed etnici sono stati solo alcuni degli aspetti dei *millet* e del pluralismo imperiale ottomano oggetto di rivalutazione<sup>(126)</sup>; un'utile 'contro-argomentazione' fattuale alla tesi di un permanente e « scontro di civiltà »<sup>(127)</sup>. Barkey ha spiegato piuttosto come fosse stato proprio il sistema dei *millet* a rendere le relazioni sociali più prevedibili, le politiche di controllo più efficaci e, dunque, a dare consistenza alle politiche di mantenimento della pace e dell'ordine pubblico<sup>(128)</sup>. Forse anche per questo ne è derivato un fascino irresistibile.

In conclusione, il sistema dei *millet* ottomani ha lasciato un'eredità importante che va ben oltre le celebrazioni della storiografia: in un certo numero di Stati post-ottomani ne esistono ancora tracce, vestigia che parlano di una certa persistenza delle sue istitu-

---

<sup>(126)</sup> Y. SEZGIN, *Human rights under state enforced religious family laws in Israel, Egypt and India*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. La letteratura sul sistema del *millet* ottomano è vastissima: la storiografia tradizionale, da Halil İnalcık, H.A.R. Bowen, Harold Gibb a Kemal Karpat, ha letto la gestione ottomana della diversità come parte del suo successo, segnalando il sistema del *millet* come uno strumento di grande efficacia.

<sup>(127)</sup> S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, Garzanti, 2000 (*The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996).

<sup>(128)</sup> Cfr. K. BARKEY, *Empire of difference: The Ottomans in comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

zioni e della sua cultura <sup>(129)</sup>. Eppure, per quanto visibili, questi resti sono il prodotto di un tempo andato, e non certo possono evidenziare una panacea per i fallimenti dello stato nazional-territoriale contemporaneo. Sebbene dunque il sistema dei *millet* non possa replicarsi, offre di certo a governanti e studiosi un eccellente parametro di valutazione sui progressi compiuti nel campo della garanzia dei diritti delle minoranze <sup>(130)</sup>. Resta agli storici del diritto entrare a gamba tesa nel dibattito storiografico offrendo nuovi spunti all'analisi, in un contrappunto permanente con le crisi politiche e comunitarie di oggi.

---

<sup>(129)</sup> Cfr. *Konflikt und Koexistenz., Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert*, Band 1, *Rumänien, Bulgarien, Griechenland*, M. Stolleis (hrsg.), Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2015.

<sup>(130)</sup> K. BARKEY, G. GAVRILIS, *The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy*, in « *Ethnopolitics* », 15 (2016), 1, pp. 24-42.

BARTOLOMÉ CLAVERO

MOMENTO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES:  
PLURALISMO DE IMPERIO, MONISMO DE ESTADO  
Y UN SINGULAR TESTIMONIO ESPAÑOL

La tercera conclusión [de un congreso de apoyo a la Sociedad de Naciones, Bruselas, 1919] se refiere al respeto a los pueblos inferiores. Está contenida en el grupo de las conclusiones relativas a los mandatos de la Sociedad de las Naciones con respecto a las Colonias actuales en que existen pueblos inferiores: África, como prototipo de ellas. Y aquí tuve [Rafael Altamira] la gran satisfacción de ver que el Congreso, donde tenían representación doctrinas que significan las posiciones más avanzadas en los ideales de justicia del mundo, no había sabido formular principios que excediesen a los de nuestra legislación de Indias, de los que muchas veces he dicho, en esta Casa [Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid] y en otras, que no fueron simples leyes puestas en el papel, sino leyes practicadas muchísimas más veces y en más extensos territorios de lo que la leyenda negra ha supuesto. (*Muy bien*)<sup>(1)</sup>.

1. Un pluralismo de orden internacional. — 2. Organización de Estados en un universo de Imperios. — 3. Colonialismo imperial y ordenamiento internacional. — 4. Fronteras, las entreabiertas coloniales y las entornadas estatales. — 5. Paz entre Estados y paz en el interior de los Estados. — 6. Testimonio español: Pluralismo jurídico más allá de Sociedad de Imperios y de Constitución de República. — 7. Monismo estatal y pluralismo imperial.

---

<sup>(1)</sup> Rafael ALTAMIRA, *El Congreso de la Sociedad de Naciones (Bruselas, diciembre de 1919)*, Madrid, Reus, 1920, pp. 16-17; « *Muy bien* » registra en la transcripción de la conferencia la reacción de un público que se entendía selecto. Regresaremos a Altamira en el penúltimo apartado, el del testimonio español.

1. *Un pluralismo de orden internacional.*

Este trabajo se propone abordar un caso de pluralismo jurídico de hecho, quiero decir que no va acompañado en su momento de una elaboración doctrinal que lo motive, fundamente, avale o fortalezca, así como tampoco de una formalización normativa que lo reconozca, asuma, regule y articule. Distingo entre pluralismos jurídicos *de hecho*, *de doctrina* y *de derecho*. Nuestro caso es de la primera especie, pero habremos de toparnos también con las otras dos. No es raro en la historia que el acontecimiento preceda tanto al pensamiento como al ordenamiento. El pluralismo jurídico es viejo. El monismo jurídico es joven. El primero ha sido y es real. El segundo ha sido y es ficticio. Constituye la ficción sobre la que se eleva la doctrina jurídica de tiempos contemporáneos todavía, a duras penas, predominante. No habría en rigor más derecho que el creado, asumido o tolerado por el Estado... o por el Imperio. Es ficción, pero ficción que para el derecho puede ser desde luego realidad, como la realidad, ficción. Permítaseme entrar en materia con la paradoja de una intencionada provocación.

Pluralismo jurídico ha habido prácticamente siempre. El monismo normativo estricto sólo existe en el ensueño del Estado de un tiempo contemporáneo, ya en sus modalidades constitucionales, ya, sobre todo, en las dictatoriales. Es más propio de Dictadura que de Constitución, pero no es ajeno en absoluto a ésta. La cultura jurídica que en parte les es común ha creado la ilusión de que derecho se conjuga en singular proyectando su imaginario hacia el pasado y hacia el futuro, sobre la historia y sobre la política. Así es cómo pensar en plural por los terrenos del derecho se ha hecho ciertamente arduo y cómo unas doctrinas postulantes de pluralismo jurídico han debido advenir a la contra. Entiéndase por pluralismo jurídico la concurrencia reconocida o ignorada de ordenamientos de distinta fuente así como la doctrina del derecho que viene a hacerse cargo intentando manejar las evidencias y los retos de una tal coexistencia (2).

---

(2) António M. HESPAÑA, *O Caleidoscópio do Direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, ed. revisada y ampliada, Coimbra, Almedina, 2009; Paul Schiff BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge,

Entiéndase por Imperio el Estado y las agencias conexas, ya económicas, ya religiosas, ya otras sociales o culturales, que ejercen dominio directo o indirecto, exterior o interior, sobre o frente a humanidad sustancialmente ajena; por imperialismo, la política estatal y corporativa de conseguirlo y mantenerlo; por colonialismo, el resultado sobre el terreno de uno u otro imperialismo, formal o informal, remoto, contiguo o circundante <sup>(3)</sup>. Nos situamos en todo caso por tiempos en los que el imperialismo no se reduce a ser un elemento circunstancial. Es factor decisivo <sup>(4)</sup>. Frente a al escenario que establecen entre sí los Estados de una variedad de ordenamientos meramente yuxtapuestos, los Imperios los contenían superpuestos, así más propiamente plurales. Habré de suscitar la cuestión de cómo este pluralismo, el principal por entonces, apenas se percibió como tal ni, a efectos prácticos, se teorizó.

## 2. Organización de Estados en un universo de Imperios.

Dándose por concluida en 1919 la Gran Guerra, Primera Guerra Mundial luego, la llamada Paz de Versalles, el tratado acordado por las Potencias Aliadas y una serie de Estados Asociados

---

Cambridge University Press (CUP), 2012; *Debating Legal Pluralism and Constitutionalism: New Trajectories for Legal Theory in the Global Age*, ed. Guillaume Tusseau, Heidelberg, Springer, 2020; *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, ed. Paul Schiff Berman, Oxford, OUP, 2020.

<sup>(3)</sup> Jane BURBANK, Frederick COOPER, *Empires in World History: Power and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press (PUP), 2000; Lorenzo VERACINI, *Settler Colonialism: A Theoretical Overview*, New York, Palgrave Macmillan, 2010; Julian GO, *Patterns of Empire: The British and American Empires, 1688 to the Present*, New York, CUP, 2011; Alberto HARAMBOUR, Álvaro BELLO, *La Era del Imperio y el colonialismo poscolonial: conceptos para una historia de las fronteras de la civilización en América Latina*, en « Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura », 47 (2020), 2, pp. 253-282.

<sup>(4)</sup> Jürgen OSTERHAMMEL, *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts*, Munich, C. H. Beck, 2009 (revisado en la traducción al inglés, 2014); C.A. BAYLY, *Remaking the Modern World, 1900-2015*, Chichester, John Wiley and Sons, 2018. « Imperial context matters » indica justamente Susan PEDERSEN en su reseña crítica de Ian KERSHAW, *To Hell and Back: Europe, 1914-1949*, Londres, Penguin, 2015, en « The Guardian », 30/10/2015.

vencedores, funda la Sociedad o Liga de Naciones <sup>(5)</sup>. Fue una organización internacional cuyos principios fundacionales afectaban al orden constitucional interno de los Estados miembro. No es que esto fuera una absoluta novedad. La Sociedad se planteaba en el seno de un orden internacional que había desarrollado a lo largo del siglo XIX una red muy tupida de tratados, unos cuantos multilaterales, creando instituciones y generando prácticas interestatales, que ya vinculaba a los Estados algo más de lo que estos mismos reconocieran <sup>(6)</sup>. Y este orden no había sido destruido totalmente por la guerra. Se retomó como base de la flamante organización internacional en la dirección de vincular a los Estados entre sí y con ella de una forma ahora franca y resuelta. Si por algo distingue a la Sociedad de Naciones del entramado de las instituciones interestatales anteriores, es por concebirse e intentar operar como un gobierno por encima de los Estados. Creó incluso un relativo derecho de implicaciones constitucionales a través de un régimen intraeuropeo de minorías y otro extraeuropeo de mandatos. Añádase como novedad un empeño, si no de proscribir la guerra, de arrumbarla como instrumento de política internacional. Con todo, la Sociedad de Naciones introducía un polo de pluralización del orden jurídico en relación al menos a los ordenamientos particulares de los Estados miembro <sup>(7)</sup>.

Aquel mundo al que quiso venir a gobernar la Sociedad de Naciones no era un universo de Estados por cuyo acuerdo pudieran

---

<sup>(5)</sup> Margaret MACMILLAN, *Peacemakers: Six Months that Changed the World*, Londres, John Murray, 2001 (otras ediciones, París, 1919); Ruth HENIG, *The Peace that Never Was: A History of the League of Nations*, Londres, Haus, 2019. Hablar de Paz con mayúsculas, más o menos lograda o fallida, en 1919 supone ignorar que la guerra todavía se alargara por Europa central y oriental y, sobre todo, que, como veremos, no la hubo ni intención de que la hubiera de cara a la humanidad colonizada: *Empires at War, 1911-1923*, eds. Robert Gerwarth, Erez Manela, Oxford, Oxford University Press (OUP), 2014; el mismo GERWARTH, *The Vanquished: Why the First World War Failed to End, 1917-1923*, Londres, Penguin, 2016; Daniel SCHÖNPLUG, *Kometenjahre. 1918, Die Welt im Aufbruch*, Frankfurt a. M., S. Fischer, 2017.

<sup>(6)</sup> OSTERHAMMEL, *Die Verwandlung der Welt*, cit., cap. 9, eps. 4: « Diplomatie: Politisches Instrument und interkulturelle Kunst », y 5: « Internationalismen und normative Universalisierung ».

<sup>(7)</sup> Mark MAZOWER, *Governing the World: The History of an Idea*, Londres, Allen Lane, 2012, cap. 5: « The League of Nations ».

establecerse de modo expedito y pacífico autoridades e instituciones supraestatales. Era aquel un mundo de Imperios coloniales, Imperios que dominaban más o menos directamente a gran parte de la humanidad, junto a Estados sin esta dimensión imperial o que sólo la conocían interiormente al haberse independizado de Imperios precedentes manteniendo e incluso reforzando el colonialismo dentro de sus fronteras. Es algo que debe resaltarse desde un primer momento. La Sociedad de Naciones se funda bajo la férula de los dos mayores Imperios del momento, Gran Bretaña y Francia, y de otro par con ambiciones en tal sentido, Estados Unidos y Japón. Estados Unidos nunca ingresó en la Sociedad, pero colaboró bastante con ella sobre todo en lo que tocaba a intereses imperiales propios <sup>(8)</sup>.

España, pequeño Imperio, ingresó desde un primer momento en la Sociedad de Naciones aunque no formaba parte de los Potencias Aliadas y Estados Asociados fundadores. No eran otros, modestamente, sus motivos para adherirse. Por no conseguir beneficios coloniales ni una posición de miembro permanente del Consejo que le permitiera seguir pugnando, amenazó en 1926 con una retirada que no se consumó. Mantuvo en suspenso su participación durante cerca de dos años. Obtuvo el premio de consolación de un puesto «semipermanente» en el Consejo <sup>(9)</sup>. Sirva su caso de ilustración de aquel mundo de Imperios entre Estados y Estados entre Imperios en el que vino a establecerse la Sociedad de Naciones. De entrada, para unos y para otros, para Estados como miembros formales y para Imperios como fuerzas efectivas, esta organización internacional nacía ante todo privada de voz, por decir poco, respecto a media humanidad, la sometida a sujeción o presión colonial. Digamos algo más sobre el caso más para seguir situándonos. España recurrió por latitudes coloniales a medidas tan extremas

---

<sup>(8)</sup> John DARWIN, *The Empire Project: The Rise and Fall of the British World-System, 1830-1970*, Cambridge, CUP, 2009, cap. 9: «Making Imperial Peace, 1919-1926»; Leonard V. SMITH, *Empires at the Paris Peace Conference*, en *Empires at War*, cit., cap. 13.

<sup>(9)</sup> Gerie B. BLEDSOE, *The Quest of 'Permanencia'. Spain's role in the League crisis of 1926*, en «Iberian Studies», 4 (1975), pp. 14-21; Luís V. PÉREZ GIL, *El primer decenio de España en la Sociedad de Naciones, 1919-1929*, en «Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna», 15 (1998), pp. 175-215.

como la de bombardeo de población civil con gases letales y cancerígenos, lo cual, utilizado igualmente por Gran Bretaña en Irak, no planteó prácticamente problemas ante la Sociedad de Naciones <sup>(10)</sup>. España se alineó con los Estados negacionistas de las atrocidades cometidas por Gran Bretaña en Irak, o por Francia en Siria, al fin y al cabo similares a las suyas en Marruecos <sup>(11)</sup>. Era pauta general de Imperio sin interferencia seria internacional, con el británico por entonces siempre en cabecera de la belicosidad sangrienta colonial <sup>(12)</sup>.

El interés colonial para formar tal Sociedad entre Estados no es conducta que singularizase a España. Fue pauta bastante común. Comenzaban por adoptarla las Potencias mayores, Gran Bretaña y Francia, en relación al mantenimiento y la expansión de sus respectivos Imperios. La primera miraba a la Sociedad de Naciones como una réplica suya, de su *Commonwealth of Nations*, en refuerzo del propio dominio sobre una mayor variedad de pueblos, indoamericanos y asiáticos, africanos y australes. Veremos algún caso ilustrativo. A su Imperio hacía Gran Bretaña por imprimirle una consistencia constitucional que sustraía en cambio a la Sociedad de Naciones <sup>(13)</sup>. En cuanto que actores internacionales los Estados de

---

<sup>(10)</sup> Arnulf BECKER LORCA, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History, 1842-1933*, Cambridge, CUP, 2014, cap. 8: « Circumventing self-determination: League membership and armed resistance ».

<sup>(11)</sup> David E. OMISSI, *Air Power and Colonial Control: The Royal Air Force, 1919-1939*, Manchester, Manchester University Press, 1990, cap. 2: « Iraq and the survival of the RAF, 1920-25 »; Mark JACOBSEN, 'Only by the Sword': *British counter-insurgency in Iraq, 1920*, en « Small Wars and Insurgencies », 2 (1991), 2, pp. 323-363; Priya SATIA, *Spies in Arabia: The Great War and the Cultural Foundations of Britain's Covert Empire in the Middle East*, Oxford, OUP, 2008; Yuki TANAKA, *British 'Humane Bombing' in Iraq during the Interwar Era*, en *Bombing Civilians: A Twentieth Century History*, eds. el mismo, Marilyn B. Young, New York, The New Press, 2009, cap. 1.

<sup>(12)</sup> John NEWSINGER, *The Blood Never Dried: A People's History of the British Empire*, Londres, Bookmarks, 2006, cap. 6: « The post-war crisis, 1916-26 », casos de Irlanda, Egipto, Sudán, Irán, la India y China junto al de Irak, añadiéndose en el capítulo siguiente el de Palestina entre 1936 y 1939.

<sup>(13)</sup> Peter J. YEARWOOD, *Guarantee of Peace: The League of Nations in British Policy, 1914-1925*, Oxford, OUP, 2009; George W. EGERTON, *Great Britain and the Creation of the League of Nations: Strategy, Politics, and International Organization, 1914-1919*, Chapel Hill, University of North Carolina Press (UNCP), 2011; Daniel

peso superior operaban más como Imperios que como tales, como Estados. Y como Imperios dominaban la Sociedad de Naciones. Entre Estado e Imperio, el caso británico es desde luego el más característico conforme a un predominio ganado de antemano <sup>(14)</sup>.

La imagen que quería y se esforzaría ofrecer la Sociedad de Naciones era naturalmente otra, una comprometida en sentido aparentemente contrario. El tratado multilateral entre Potencias Aliadas y Estados Asociados constitutivo de la misma, llamado Pacto o Carta, pieza integrante de la Paz de Versalles, proclamaba que se instituía « para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizarles la paz y la seguridad » asumiendo a dicho fin el compromiso de « observar rigurosamente las prescripciones del Derecho Internacional, reconocidas de aquí en adelante como regla de conducta efectiva de los gobiernos » en el sentido de los Estados <sup>(15)</sup>. Mas los Imperios estaban para quedarse por empeño propio y por designio de la Sociedad de Naciones. Por entonces ni siquiera se iniciaba el transcurso de un universo de Imperios a un mundo de Estados <sup>(16)</sup>. Empecemos por dejar bien sentado que el condicionamiento imperial de un orden internacional no era ni es el

---

GORMAN, *The Emergence of International Society in the 1920s*, New York, CUP, 2012; Jeanne MOREFIELD, *Empires without Imperialism: Anglo-American Decline and the Politics of Deflection*, Oxford, OUP, 2014, Donal K. COFFEY, *Constitutional Law and empire in interwar Britain: universities, liberty, nationality and parliamentary supremacy*, en « Northern Ireland Legal Quarterly », 71 (2020), 2, pp. 193-209.

<sup>(14)</sup> Sobre la centralidad británica para el derecho internacional que venía formándose, Duncan BELL, *The Idea of Greater Britain Empire and the Future of World Order, 1860-1900*, Princeton, PUP, 2009; Lauren BENTON, Lisa FORD, *Rage for Order: The British Empire and the Origins of International Law, 1800-1850*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (HUP), 2016; Jennifer PITTS, *Boundaries of the International: Law and Empire*, Cambridge, Mass., HUP, 2018, caps. 4-6.

<sup>(15)</sup> Cito el Pacto por la versión oficial argentina: [http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-7/Pacto\\_de\\_la\\_Sociedad\\_de\\_Naciones.pdf](http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-7/Pacto_de_la_Sociedad_de_Naciones.pdf). No la he visto, oficial, española; para una privada difundida, *Texto Completo del Tratado de Paz*, Madrid, Biblioteca de « El Sol », 1919.

<sup>(16)</sup> *International Law and Empire: Historical Explorations*, eds. Martti Koskenniemi, Walter Rech, Manuel Jiménez Fonseca, Oxford, OUP, 2017, no alcanza al siglo XX. La dependencia colonial en la formación del derecho internacional contemporáneo suele centrarse en los tiempos anteriores a la Sociedad de Naciones: Luigi NUZZO, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt a-M., Klostermann, 2012.

que suele presumirse desde sus propias pretensiones. Se trata de otro, el colonial<sup>(17)</sup>.

### 3. *Colonialismo imperial y ordenamiento internacional.*

Para hacernos una idea de los principios constitutivos de la Sociedad de Naciones conviene comenzar por el principal en unos términos negativos. Siendo una organización entre entidades políticas con vocación de gobernar en comandita a la entera humanidad, no había previsión de que las mismas representasen a todo el universo humano en un pie de igualdad entre ellas. No se trataba de una asociación de « Naciones » y punto. Al referirse el Pacto a sus posibles miembros habla no sólo de Estados, sino también de « Dominios y Colonias », lo que nos sitúa de cabeza desde un arranque en el escenario del colonialismo imperial. Dominios eran colonias británicas que, como Sudáfrica, Australia Canadá y Nueva Zelanda, estaban accediendo a una autonomía constitucional sin descolonizarse hacia el interior. « Colonias » eran colonias, como las británicas y las francesas, las belgas y las neerlandesas, las portuguesas y las españolas... Tan firme y estable se consideraba este encuadramiento colonial que se hace tal previsión de que, igual que los Dominios, las « Colonias » podrían convertirse en miembros de la Sociedad sin perder su carácter de tales<sup>(18)</sup>.

Había más. El mismo Pacto hace previsiones sobre « colonias y territorios que, a raíz de la guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban anteriormente y que se son habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno ». Se refiere a territorios y colonias, no sólo a éstas, de las Potencias

---

(17) Balakrishnan RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, CUP, 2003; Sundhya PAHUJA, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, CUP, 2011.

(18) Pacto de la Sociedad de Naciones, art. 1. « Serán miembros originarios de la Sociedad de las Naciones, aquellos signatarios cuyos nombres figuran en el anexo al presente pacto [...]. Todo Estado, Dominio o Colonia que se gobierne libremente y no está incluido en el anexo, puede llegar a ser miembro de la sociedad [...] ». En adelante las citas de textos normativos se integrarán en la exposición ahorrando notas.

vencidas en la guerra, como era fundamentalmente el caso de los Imperios alemán y otomano. Territorios de este segundo que no habían sido colonias se reducen ahora a un mismo tratamiento de sujeción a colonialismo. Para estas viejas y nuevas colonias se formula acto seguido una aspiración benefactora en estos precisos términos: « el bienestar y desarrollo de esos pueblos constituye una misión sagrada de civilización » (art. 22). Se prevé por el mismo Pacto y se produciría a continuación un reparto entre las Potencias vencedoras y los Dominios británicos en la forma de mandato emitido por la Sociedad de Naciones y supervisado por la misma bajo dicha presunción racista que les considera incapaces de valerse por sí en « el mundo moderno » y necesitados por ende de « civilización ». Así se generan y potencian fórmulas y mecanismos para la reproducción del colonialismo como derecho internacional tras la debacle de la Gran Guerra.

Así se introduce un colonialismo internacionalmente monitorizado, pero colonialismo al cabo, con una soberanía que se entendía participada por la Sociedad de Naciones, los Estados agraciados y, virtualmente, los mismos pueblos sometidos a mandato. Este tema de la soberanía se prestó a malabarismos doctrinales inoperantes a la postre <sup>(19)</sup>. A efectos prácticos, los mandatos fueron jerarquizados en diversas categorías de « incivilización » para articular competencias internacionales y estatales. Una Comisión Permanente de Mandatos, formada por expertos no representantes ni dependientes de los Estados, habría de encargarse, sin más autoridad que la inquisitiva y propositiva, de supervisar el ejercicio del régimen de mandatos. El dominio de los Imperios vencedores se mantiene al margen, sin supervisión alguna. España ingresó con el designio nada oculto de ampliar su modesto Imperio por la vía de algún mandato. Lo pretendió en particular sobre Tánger para fortalecer su posición en Marruecos. Hubo de contentarse con un Tratado franco-hispano-británico organizando en 1923 una administración internacional a la

---

<sup>(19)</sup> Frederick J.D. LUGARD, *The Dual Mandate in British Tropical Africa* (1922), Abingdon, Frank Cass and Co., 1965; Quincy WRIGHT, *Mandates under the League of Nations*, Chicago, University of Chicago Press (UChP), 1930; en contexto, Leonard V. SMITH, *Sovereignty at the Paris Peace Conference of 1919*, Oxford, OUP, 2018, cap. 9: « Sovereignty and the League of Nations, 1920-23 ».

que se sumarían otros Estados (20). El botín era para los vencedores, botín porque, con supervisión internacional y todo, las prácticas de explotación humana y depredación de recursos no difirieron mucho entre la mayoría de los mandatos y las colonias estrictas (21). Aparte el tamaño de su Imperio, lo que era de entrada relevante respecto a España, como a tantos Estados de aquella Sociedad de Naciones, es que se situara en tal paradigma imperial.

Hubo todavía más. Se barajó la posibilidad de aplicar la reducción colonial a mandatos respecto a los territorios europeos de los Imperios alemán, austro-húngaro y otomano, pero se acabó optando por la erección en estas latitudes de Estados constituidos bajo condicionamientos sentados por la Sociedad de Naciones. La geografía centroeuropea se rediseñó mediante la aplicación de un llamado « principio de las nacionalidades » que no implicaba derecho de autodeterminación. Comisiones técnicas se ocuparon del trazado de las fronteras estatales. Fueron mínimos los casos de consulta a la población interesada. Quedaron grupos forzados a integrarse en Estados ahora identificados con culturas que les resultaban ajenas a unos contingentes ahora internamente en minoría. Para que el caso no se multiplicase ni magnificase, la Sociedad de Naciones recurrió al impulso de políticas de desplazamiento de población que luego se llamarían de limpieza étnica. Para el resto, impuso que las Constituciones de los nuevos Estados reconociesen

---

(20) José L. NEILA, *Revisionismo y reajustes en el Mediterráneo. Tánger en las expectativas de la Segunda República, 1934-1936*, en « Hispania. Revista Española de Historia », 181 (1991), pp. 655-685; José L. URTEAGA, Francesc NADAL, *La cartografía colonial española durante la Segunda República, 1931-1936*, en « Estudios Geográficos », 268 (2010), pp. 267-297.

(21) *The British and French Mandates in Comparative Perspective*, eds. Nadine Méouchi, Peter Sluglett, Leiden, Brill, 2004; Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, CUP, 2005, cap. 3: « Colonialism and the birth of international institutions: the Mandate System of the League of Nations »; *Imperialism on Trial: International Oversight of Colonial Rule in Historical Perspective*, eds. R.M. Douglas, Michael D. Callahan, Elisabeth Bishop, Lanham, Rowman and Littlefield, 2006; Ralph WILDE, *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford, OUP, 2008; BECKER LORCA, *Mestizo International Law*, cit., cap. 7: « Petitioning the international: a 'prehistory' of self-determination »; S. PEDERSEN, *The Guardians: The League of Nations and the Crisis of Empire*, Oxford, OUP, 2015.

formalmente a dichos grupos como « minorías », con derechos culturales, no políticos, lo que también se monitorizó por la Sociedad de Naciones <sup>(22)</sup>. Los Estados originarios, comprendida España, no se aplicaban a sí mismos ni principio de nacionalidades ni derecho de minorías <sup>(23)</sup>. Los Imperios se basaban precisamente en todo lo contrario. En Europa, ni siquiera se aplicó el respeto de minorías a la Alemania vencida. Ya de antes, con prácticas similares de fondo racista desde el siglo XIX, había clases entre dos Europas, la occidental y la oriental <sup>(24)</sup>.

Tras el ingreso de los nuevos Estados centroeuropeos en la Sociedad de Naciones quedó claramente marcada, por su condicionamiento constitucional, la desigualdad entre los miembros, con España entre los privilegiados. No fue la única vía de discriminación entre Estados. En un contexto tan francamente colonial, el racismo operó severamente. Japón había propuesto sin éxito el registro en el Pacto de un principio de « igualdad racial ». Miraba a una igualdad en exclusiva entre Estados a fin de ilegitimizar las políticas racistas, antiasiáticas, de inmigración en casos como los de Estados Unidos y

---

<sup>(22)</sup> Con otras valoraciones, MACMILLAN, *Peacemakers*, cit., parte V: « Between East and West »; Carole FINK, *Defending the Rights of Others. The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection, 1878-1938*, Cambridge, OUP, 2004, cap. 9: « Geneva ».

<sup>(23)</sup> Martyn HOUSDEN, *'On their own behalf': Ewald Ammende, Europe's national minorities and the campaign for cultural autonomy, 1920-1936*, Amsterdam, Rodopi, 2014, a partir del caso de Estonia, cap. 6: « Establishing the European Congress of Nationalities ».

<sup>(24)</sup> Alison BASHFORD, *Nation, Empire, Globe: The Spaces of Population Debate in the Interwar Years*, en « Comparative Studies in Society and History », 49 (2007), 1, pp. 170-201; Eric D. WEITZ, *From the Vienna to the Paris System: International Politics and the Entangled Histories of Human Rights, Forced Deportations, and Civilizing Missions*, en « The American Historical Review », 113 (2008), 5, pp. 1313-1343; Adam TOOZE, *The Deluge: The Great War and the Remaking of Global Order, 1916-1931*, Londres, Allen Lane, 2014, cap. 18: « The Fiasco of Wilsonianism »; Umut ÖZSU, *Formalizing Displacement: International Law and Population Transfers*, Oxford, OUP, 2015, cap. 3: « 'A Subject Which Excites the Deepest Interest Throughout the Civilised World': Legal Diplomacy at the Conference of Lausanne »; Volker PROTTE, *The Politics of Self-Determination: Remaking Territories and National Identities in Europe, 1917-1923*, Oxford, OUP, 2016; *Beyond Versailles: Sovereignty, Legitimacy, and the Formation of New Politics After the Great War*, eds. Markus M. Payk, Roberta Pergher, Bloomington, Indiana University Press (IUP), 2019.

Australia, no a otras vertientes más flagrantes del racismo rampante<sup>(25)</sup>. Acogiéndose a la proclamación del principio de las nacionalidades se hicieron presentes en las negociaciones de Versalles o luego ante la Sociedad de Naciones pretensiones de acceder a la misma por parte de pueblos colonizados, desde Corea frente a Japón hasta, frente a Canadá y el Imperio Británico, Haudenosau-nee<sup>(26)</sup>, la colonialmente llamada Confederación Iroquesa, sin que sus casos ni siquiera fueran admitidos a trámite. En rechazo tan visceral operaban reflejos racistas por lo demás por entonces nada ocultos<sup>(27)</sup>.

También hubo más. Un par de Estados africanos fueron miembros de la Sociedad de Naciones, Liberia desde un primer momento y Etiopía desde 1923. En el Pacto, en su contexto de legitimación de un colonialismo expansivo, se incluía un compromiso de eliminación de la esclavitud. Prácticas esclavistas muy generalizadas en las colonias de los Imperios vencedores evitando la calificación jurídica de esclavitud nunca se sometieron al escrutinio de la Sociedad de Naciones. No se ejerció en general vigilancia respecto al colonialismo propiamente dicho. Si en algún momento se trató de esa práctica por parte de España en la isla de Bioko (Fernando Póo), es porque importaba mano de obra forzada de

---

(25) Naoko SHIMAZU, *Japan, Race and Equality: The racial equality proposal of 1919*, New York, Routledge, 1998; Thomas W. BURKMAN, *Japan and the League of Nations: Empire and World Order, 1914-1938*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 2008; Adom GETACHEW, *World Making after Empire; The Rise and Fall of Self-Determination*, Princeton, PUP, 2017, cap. 2: «The Counterrevolutionary Moment: Preserving Racial Hierarchy in the League of Nations».

(26) Eric Y.-H. LEE, *Early Development of Modern International Law in East Asia — With Special Reference to China, Japan and Korea*, en «Journal of the History of International Law», 4 (2002), 1, pp. 42-76; Robert L. NICHOLS, *Realizing the Social Contract: The Case of Colonialism and Indigenous Peoples*, en «Contemporary Political Theory», 4 (2005), pp. 42-62; Yale D. BELANGER, *The Six Nations of Grand River Territory's: Attempts at renewing international political relationships, 1921-1924*, en «Canadian Foreign Policy Journal», 13 (2007), 3, pp. 29-43.

(27) RAJAGOPAL, *International Law from Below*, cit., cap. 3: «Laying the groundwork: the Mandate system»; E. MANELA, *The Wilsonian Moment: Self-Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism*, Oxford, OUP, 2007; Michael GOEBEL, *Anti-Imperial Metropolis: Interwar Paris and the Seeds of Third World Nationalism*, Nueva York, CUP, 2015.

Liberia, uno de los dos Estados africanos miembros de la Sociedad al que, como al otro, Etiopía, se sometía en cambio a severa supervisión. En estos casos, no sólo prácticas esclavistas, sino hasta las de acogimiento familiar con resultado de servidumbre doméstica, usuales incluso por Europa, fueron objeto de inspección internacional debilitando y cuestionando la posición de ambos Estados, Liberia y Etiopía, en el orden internacional. El primero quedó inerme ante el colonialismo económico estadounidense. El segundo acabó siendo reducido a colonia por Italia mediante sangrienta conquista militar en 1935. En este caso, la Sociedad de Naciones se opuso, bien que débil y transitoriamente, y no porque de ese modo se impusiera el colonialismo sobre un Estado miembro, sino porque Italia procedió sin respetar compromisos previos de reparto colonial de Etiopía junto a Francia y Gran Bretaña<sup>(28)</sup>. España había presidido la comisión que dio el visto bueno a este otro proyecto compartido. No defendió el Pacto como lo había hecho un delegado suyo en el caso de la invasión de Manchuria por Japón o como lo haría más seriamente el propio Gobierno frente a la agresión de Italia y Alemania contra España<sup>(29)</sup>.

Se dio otro caso notorio de desigualdad entre Estados, el del ingreso de Irak como Estado miembro de la Sociedad de Naciones en 1932. Tras la Gran Guerra, un pacto previo entre Gran Bretaña y Francia se hizo valer rediseñándose la geografía política de territorios asiáticos del Imperio otomano para someterles a dominio colonial. Así nació artificiosamente Irak bajo mandato del Imperio

---

(28) *Collision of Empires: Italy's Invasion of Ethiopia and its International Impact*, ed. G. Bruce Strang, Londres, Ashgate, 2013; extendiéndose a perspectivas africanas, Rose PARFITT, *The Process of International Legal Reproduction: Inequality, Historiography, Resistance*, Cambridge, CUP, 2019, Item no 1: « The 'Abyssinia Crisis' and International Law ». Para la política de base, Roberta PERGHER, *Mussolini's Nation-Empire: Sovereignty and Settlement in Italy's Borderlands, 1922-1943*, Cambridge, CUP, 2018, cap. 2: « Settlement and Sovereignty from the Alps to Africa »; para el caso al que no alcanza, Haile M. LAREBO, *The Building of an Empire: Italian Land Policy and Practice in Ethiopia, 1935-1941*, Nueva York, Clarendon, 1994.

(29) B. CLAVERO, *Derecho bajo asedio, 1936-1939. República Española y Sociedad de Naciones en el escenario europeo entre constitucionalismo y dictadura*, en « Quaderni fiorentini », 47 (2018), pp. 257-315.

británico <sup>(30)</sup>. Gran Bretaña impulsó su independencia mediante tratado previo de reserva del acceso a recursos energéticos y acuerdos políticos de guía del gobierno iraquí por asesores británicos en la sombra, según se había ensayado más abiertamente durante los tiempos del mandato <sup>(31)</sup>. España se opuso a esta forma dependiente de independencia en el seno de la Comisión Permanente de Mandatos. El delegado español llegó a invocar el derecho a la libre determinación de Irak no por defender su independencia, sino por estorbar, en connivencia con Francia, el designio británico. Para el régimen de mandatos, el autogobierno no era derecho de pueblo, sino objetivo de futuro que legitimaba dominación de presente <sup>(32)</sup>. En cuanto a Irak, ingresó como Estado en la Sociedad de Naciones bajo los términos impuestos por Gran Bretaña.

A las alturas de los años treinta, nada de esto marcaba un contraste. Al fin y al cabo, con dicha forma de neocolonialismo en la independencia de Irak, se cumplía la previsión del Pacto en el sentido de que las « Colonias » podrían ser miembros de la Sociedad de Naciones. Algo más grave había ocurrido el año anterior. En 1931. Japón invadió Manchuria. China era también miembro de la Sociedad de Naciones, que se mostró impotente. Se sumió en reuniones, comisiones y debates que no llegaron a determinación alguna efectiva. No se aplicaron las previsiones del Pacto que

---

<sup>(30)</sup> Toby DODGE, *Inventing Iraq: The Failure of Nation Building and a History Denied*, Londres, Hurst and Co., 2003; D.K. FIELDHOUSE, *Western Imperialism in the Middle East, 1914-1958*, Oxford, OUP, 2006; Elisabeth E. THOMPSON, *How the West Stole Democracy from the Arabs: The Syrian Arab Congress of 1920 and the Destruction of Historic Liberal-Islamic Alliance*, Londres, Grove, 2020.

<sup>(31)</sup> P. SLUGLETT, *Britain in Iraq: Contriving King and Country, 1914-1932* (1976), New York, Columbia University Press, 2007, ed. revisada y ampliada, cap. 9: « The Mandate and its Legacy »; PEDERSEN, *The Guardians*, cit., remisiones a *Iraq* en *Index*.

<sup>(32)</sup> Leopoldo PALACIOS, *Los Mandatos Internacionales de la Sociedad de Naciones*, Madrid, Victoriano Suárez, 1938. El autor es el miembro español de la Comisión de Mandatos. Hay otra aportación relevante de otro partícipe español en la Sociedad de Naciones, habiendo llegado a presidir su Sección de Minorías: Pablo DE AZCÁRATE, *League of Nations and National Minorities: An Experiment*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1945 (con prólogo manipulador, de Gregorio PECES-BARBA, y título manipulado, *Minorías nacionales y derechos humanos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1998).

veremos <sup>(33)</sup>. España tuvo un papel de cierto relieve. El Ministro de Estado español, el de asuntos exteriores, era presidente de turno del Consejo. Lo fue bastante torpe. Actuando por su cuenta, un agente español, no más eficaz, pretendiéndose « El Quijote de la Manchuria », se significó por defender el Pacto contra la agresión japonesa <sup>(34)</sup>. Son historias conocidas que conviene recordar para seguir situados en aquel universo de Imperios.

#### 4. *Fronteras, las entreabiertas coloniales y las entornadas estatales.*

El colonialismo internacional promovido por la Sociedad de Naciones no se limita a una serie de casos. Se tradujo en los términos generales de la promoción de una política económica de « puertas abiertas », según se le decía, a unos efectos comerciales que tuvo la colaboración incondicional de los Estados Unidos. El Pacto la formulaba en términos generales: « asegurar la garantía y el mantenimiento de la libertad de las comunicaciones y del tránsito, así como un tratamiento equitativo del comercio de todos los miembros de la sociedad », es obligación de éstos (art. 23.e). Para los intereses imperiales, salvo sus privilegios de acceso a los recursos y de explotación del trabajo, las fronteras coloniales habían de ser permeables. Es política que ya se había formulado para parte de África entre poderes coloniales hacia finales del siglo XIX <sup>(35)</sup>. Incluso

---

<sup>(33)</sup> Sandra WILSON, *The Manchurian Crisis and Japanese Society, 1931-33*, Londres, Routledge, 2002; BURKMAN, *Japan and the League of Nations*, cit., cap. 7: « Crisis over Manchuria »; Harumi GOTO-SHIBATA, *The League of Nations and the East Asian Imperial Order, 1920-1946*, Singapur, Palgrave Macmillan, 2020, cap. 4: « Expanding the Range: Japan's Reaction to the Technical Co-operation with China ».

<sup>(34)</sup> Con otras perspectivas, Francisco QUINTANA, *Salvador de Madariaga, diplomático en Ginebra, 1931-1936. La película de la política exterior de la II República*, en « Historia Contemporánea », 15 (1996), pp. 107-124; Keishi YASUDA, *La acción diplomática de la Segunda República Española ante la retirada de Japón de la Sociedad de Naciones*, en « Cuadernos Canela », 21 (2009), pp. 77-91; Jesús M. BERMEJO, *La diplomacia española y portuguesa en el conflicto de Manchuria: dos posiciones contrapuestas en la Sociedad de Naciones*, en « Aportes. Revista de Historia Contemporánea », 101 (2019), pp. 191-213.

<sup>(35)</sup> H.L. WESSELING, *Divide and Rule: The Partition of Africa, 1880-1914*, Westport, Praeger, 1996, cap. 2: « The Congo and the Creation of the Free State, 1882-1885 »; Thomas PAKENHAM, *The Scramble for Africa*, Londres, Abacus, 1991, cap.

venía predicándose para más latitudes por Gran Bretaña y los Estados Unidos. Ahora quiere generalizarse <sup>(36)</sup>. En el seno de la Sociedad de Naciones se forman organismos técnicos para esa promoción de una política económica internacional <sup>(37)</sup>. Se trataba en especial de que los Imperios no pudiesen cerrar fronteras coloniales a un comercio internacional; dicho de otro modo, del deber de desarmar a las latitudes coloniales, fueran colonias estrictas, mandatos o incluso Estados como Liberia o como Irak, ante la depredación colonial por vía económica en términos ahora de concurrencia imperial <sup>(38)</sup>. Ya sabemos que Gran Bretaña lo entendía a beneficio de inventario. De España no puede decirse que se aprovechara mucho de tales posibilidades, pero más por falta de capacidad que de determinación. Españoles no faltaron que lo explotasen económica y políticamente <sup>(39)</sup>.

---

14: «Welcome to a Philanthropist»; Andrew FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge, CUP, 2014, cap. 9: «Territorium nullius and Africa»; Matthew CRAVEN, *Between law and history: The Berlin Conference of 1884-1885 and the logic of free trade*, en «London Review of International Law», 3 (2015), 1, pp. 31-59.

<sup>(36)</sup> Benjamin GERIG, *The Open Door and the Mandates System: A Study of Economic Equality Before and Since the Establishment of the Mandates System*, Londres, Allen and Unwin, 1930; Michael P. CULLINANE, Alex GOODALL, *The Open Door Era: United States Foreign Policy in the Twentieth Century*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2017, cap. 3: «The Global Open Door, 1917-1929»; Christopher A. CASEY, *Nationals Abroad: Globalization, Individual Rights, and the Making of Modern International Law*, Cambridge, CUP, 2020, parte II: «Mise-en-scène: The International Legal World, 1919-1939», cap. 5: «Sovereign Commerce». Para un debate hoy clásico que trasciende el periodo de la Sociedad de Naciones, *Imperialism: The Robinson and Gallagher Controversy*, ed. William Roger Louis, New York, New Viewpoints, 1976.

<sup>(37)</sup> Patricia CLAVIN, *Securing the World Economy: The Reinvention of the League of Nations, 1920-1946*, Oxford, OUP, 2013; TOOZE, *The Deluge*, cit., parte 4: «The Search for a New Order».

<sup>(38)</sup> Para muestra de efectos disruptivos de la economía de la humanidad colonizada por causa del establecimiento de los mandatos con las puertas abiertas entre Imperios, E. BISHOP, *Economic Imperialism in the Palestine Mandate*, en *Imperialism on Trial*, cit., cap. 3. Añádase Natasha WHEATLEY, *Mandatory Interpretation: Legal Hermeneutics and the New International Order in Arab and Jewish Petitions to the League of Nations*, en «Past and Present», 227 (2015), 1, pp. 205-248.

<sup>(39)</sup> Para casos de empresarios entre fronteras coloniales, las franco-hispanas del Magreb, Mercedes CABRERA, *Juan March, 1880-1962*, Madrid, Marcial Pons, 2011; Pablo DÍAZ MORLÁN, *Empresarios, militares y políticos. La Compañía Española de Minas del Rif, 1907-1967*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

Durante la mayor parte de los años veinte, desde 1923, impedía en España una Dictadura, a lo que la Sociedad de Naciones no interpuso, como asunto interno de Estado no sujeto a supervisión internacional a efecto alguno, ningún reparo<sup>(40)</sup>. La respaldó incluso celebrando en 1929 una sesión de su Consejo en Madrid. Jurídicamente, no se planteaba con ello cuestión alguna de orden constitucional en relación al derecho internacional. Económicamente, así cabían políticas metropolitanas más restrictivas, sin regla internacional de puertas abiertas. Las fronteras de Estado eran comparativamente menos permeables. En estas coordenadas, sin principios constitucionales propios y con miras a la referida promoción de sus intereses coloniales, la Dictadura adoptó la pauta de sumarse regularmente a las posiciones de Gran Bretaña y Francia cuando se conformaban entre sí y, en otro caso, de abstenerse o de inclinarse por la segunda. Entre continuas tensiones, aún pesó esta orientación durante los años treinta pese a que la Constitución de la República asumió, como está dicho y comprobaremos, un fuerte compromiso con el orden internacional. La falta de política internacional propia se encubría con alegaciones de que se mantenía la neutralidad de los tiempos de la Gran Guerra. En la Sociedad de Naciones España también participó en intentos de organización entre Estados menores para contrapesar el predominio de Gran Bretaña y Francia, pero este equilibrio, o mejor dicho desequilibrio, se mantuvo. Era un reflejo al fin y al cabo del predominio de intereses del orden colonial.

Suele afirmarse que la Sociedad de Naciones no afectó al colonialismo imperial estrictamente dicho puesto que se le mantuvo al margen de sus posibilidades de supervisión. Ahí se situaría la frontera entre dos tipos de colonialismo, el internacional y el directamente imperial. El Pacto, sin embargo, sugería tímidamente otra cosa para la que no se establecía ningún mecanismo: «Bajo la reserva y de conformidad con las disposiciones de las convenciones

---

(40) Giulia ALBANESE, *Dittature mediterranee. Sovversioni fasciste e colpi di Stato in Italia, Spagna e Portogallo*, Roma-Bari, Laterza, 2016, cap. 4: «La stabilizzazione delle dittature» de Mussolini, Primo de Rivera y Salazar; la misma ALBANESE y Pablo DEL HIERRO, *Transnational Fascism in the Twentieth Century: Spain, Italy, and the Global Neo-Fascist Network*, Londres, Bloomsbury, 2016.

internacionales actualmente existentes o que se celebraren ulteriormente, los miembros de la sociedad [...] se comprometen a asegurar el tratamiento equitativo a las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración » (art. 23.*b*). El pronunciamiento es de carácter general, no reducido al caso de los mandatos susceptible de supervisión. Tampoco comprometía a mucho. « Tratamiento equitativo » no hacía referencia a estándar de igualdad ante el derecho. Equidad, como justicia, dicho así de genéricamente no implica atención a criterio de derecho estrictamente dicho, ni siquiera al sentado por los mismos tratados.

Respecto a la posición de « los territorios sometidos a administración » colonial pura y dura, resultaba más expresiva otra fórmula consignada en el propio Pacto, la vista para los mandatos de que debía en último término atenderse a « la misión sagrada de la civilización ». Se entendía de un alcance general para todo colonialismo. No era mera ideología <sup>(41)</sup>. Su invocación bastaba para situarse por entero al margen de las reglas y las garantías de cualquier ordenamiento. El fin teórico de civilización justificaba los medios prácticos de dominación. En todo caso, como ya hemos comprobado, no es inequívocamente cierto que el colonialismo imperial quedase incólume de cara a la Sociedad de Naciones. De hecho se vio ante todo reforzado por el reparto de colonias de los Imperios vencidos, por no decir de la cobertura colectiva que ahora prestaba al colonialismo la organización internacional misma <sup>(42)</sup>. La propia política económica internacional de puertas abiertas limitó algo el

---

(41) Alice L. CONKLIN, *A Mission to Civilize: The Republican Idea of Empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 1997; Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma, Laterza, 1999-2002, vol. 3, cap. 10: « Lo Stato-potenza e la missione civilizzatrice dell'Europa »; Boris BARTH, J. OSTERHAMMEL, *Zivilisierungsmissionen. Imperiale Weltverbesserung seit dem 18. Jahrhundert*, Constanza, UVK, 2005; Miguel B. JERÓNIMO, *The 'Civilising Mission' of Portuguese Colonialism, 1870-1931*, Londres, Palgrave Macmillan, 2015 (original portugués, 2009); Andrea PARAS, *Missionaries and the civilizing mission in British colonialism*, en *The Two Worlds of Nineteenth Century International Relations: The Bifurcated Century*, ed. Daniel M. Green, New York, Routledge, 2018, cap. 2.

(42) Michael D. CALLAHAN, *Mandates and Empire: The League of Nations and Africa, 1914-1931*, y *A Sacred Trust: The League of Nations and Africa, 1929-1946*, Eastbourne, Sussex Academic Press, 1999 y 2004.

juego colonial de intereses, bien que en beneficio de los mismos Imperios, para nada de la humanidad sometida a colonialismo.

Hay también otro efecto indirecto del signo contrario, potencialmente debilitador del colonialismo imperial. Se trata de la utilización del principio de las nacionalidades en clave anticolonial entendiéndosele como derecho a la libre determinación. El principio de las nacionalidades no figuraba en el Pacto, pero se le invocó y teóricamente se le aplicó para la creación de nuevos Estados en la geografía centroeuropea. El mismo concepto de nacionalidad se restringía por el entendimiento racista de que sólo era predicable para latitudes de cultura europea. El propio Pacto ya sabemos que consideraba al resto como humanidad que podría si acaso satisfacer condiciones de acogerse sumisamente a la tutela y guía de los Imperios coloniales. Enarbolándose el derecho de autodeterminación en tal clave anticolonial y además confederal, se perfiló una posibilidad de organización internacional alternativa a la Sociedad de Naciones. La impulsó, con fuerte eco en las colonias, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>(43)</sup>. Desapareció del horizonte en 1934 al producirse su ingreso en la Sociedad de Naciones.

En aquellos tiempos de entreguerras, para bien o para mal, el derecho internacional fue básicamente el representado por la Sociedad de Naciones. Y así fueron las fronteras. El Tratado de Versalles representa el momento de la imposición definitiva de las fronteras lineales entre Estados y, más irregularmente, entre Imperios<sup>(44)</sup>. Ahora bien, conforme a aquel orden internacional, había fronteras y fronteras. Había clases. Una cosa eran los Estados europeos y euroamericanos; otra, los Estados de Europa con minorías internacionalmente reconocidas; otra, los Estados de matriz no europea; otra, los mandatos, y otra, las colonias. Una cosa eran las puertas

---

(43) Scott NEWTON, *Law and the Making of the Soviet World: The Red Demiurge*, Londres, Routledge, 2014, cap. 8; *Revolutions in International Law: The Legacies of 1917*, eds. Kathryn Greenman, Anne Orford, Anna Saunders, Ntina Tzouvala, Cambridge, CUP, 2021.

(44) Jordan BRANCH, *The Cartographic State: Maps, Territory, and the Origins of Sovereignty*, New York, CUP, 2014, cap. 6: « Peace Treaties and Political Transformation »; Peo HANSEN, Stefan JONSSON, *Eurafrica: The Untold History of European Integration and Colonialism*, Londres, Bloomsbury, 2014, cap. 2: « A Holy Alliance of Colonizing Powers: The Interwar Period ».

entornadas y otras, las entreabiertas. No cabía un principio de igualdad a ningún efecto. Eran las reglas de un imperialismo de tendencia crecientemente asociativa como el de matriz europea.

##### 5. *Paz entre Estados y paz en el interior de los Estados.*

El Pacto de la Sociedad de Naciones proclama paladinamente como su objetivo primordial el del establecimiento y aseguramiento de la paz, de una paz que, según prevé el mismo Tratado de Versalles, no es sólo paz política entre Estados, sino también paz social en el interior de los mismos. « Visto que la Sociedad de las Naciones tiene por objeto establecer la paz universal y que tal paz no puede ser fundada sino sobre la base de la justicia social » se instituye como agencia especializada suya autónoma por el propio Tratado (parte XIII, sec. I) « una organización permanente » habilitada al efecto, la Organización Internacional del Trabajo. He ahí otro factor de pluralización, éste en materia laboral y sindical; un elemento adicional de posicionamiento del derecho internacional como orden materialmente constitucional de los Estados. España también es miembro de primera hora de esta Organización, confiándosele igualmente un puesto no permanente en la conformación inicial de su Consejo.

El Pacto de la Sociedad de Naciones comienza por entender la paz política en los términos limitados de no beligerancia entre Estados, a cuyo efecto contempla medios preventivos de restricción de armamentos y de superación de crisis por métodos arbitrales de resolución de conflictos. En este ámbito establece una Corte Permanente de Justicia Internacional de funciones contenciosas y consultivas. No hay previsión alguna de que agentes no-estatales puedan recurrir al mismo, no sólo ya individuos, sino tampoco representantes de poblaciones sometidas a colonialismo, ya estricto, ya mediante mandato. Y no hay un contexto de nueva justicia <sup>(45)</sup>. Por mucho

---

(45) Con otras evaluaciones diversas además entre sí, Mark LEWIS, *The Birth of the New Justice: The Internationalization of Crime and Punishment, 1919-1950*, Oxford, OUP, 2014; William S. SCHABAS, *The Trial of the Kaiser*, Oxford, OUP, 2018, sobre el planteamiento fallido tras la Gran Guerra no sólo de ese enjuiciamiento, sino de un entero derecho penal internacional.

que luego se haya querido engrandecer su imagen convirtiéndola en el arranque definitivo de una justicia internacional, esto es entre Estados, la Corte fue la pieza deliberadamente más débil de la constelación institucional de la Sociedad de Naciones <sup>(46)</sup>.

La Comisión Permanente de Mandatos no tenía nada de corte de justicia. Se le facultó para admitir reclamaciones de procedencia colonial sin poder tratarlas como acción de parte demandante, pues a esta no se le concedía intervención ulterior en el procedimiento. La práctica fue además restrictiva y deferente para con los Estados, como en el caso paralelo del régimen de minorías <sup>(47)</sup>. En fin, por lo que aquí más nos interesa, entre Estados y colonias no cabía nada de carácter arbitral o que se asemejase mínimamente a dispensación de justicia. Por su parte, la Corte Permanente adjudicaría títulos coloniales en contenciosos entre Estados sin otorgar voz alguna a las poblaciones afectadas <sup>(48)</sup>. En general, no se granjeó de los Estados la confianza suficiente como para resolver regularmente sus conflictos por esta vía de justicia aun inevitablemente sesgada. Ni siquiera

---

<sup>(46)</sup> Stephen WERTHEIM, *“The league that wasn’t”: American designs for a legalist-sanctionist league of nations and the intellectual origins of international organization, 1914-1920*, en «Diplomatic History», 35 (2011), 5, pp. 797-836; el mismo, *The League of Nations: a retreat from international law?*, en «Journal of Global History», 7 (2012), 2, pp. 210-232.

<sup>(47)</sup> Jane K. COWAN, *Who is Afraid of Violent Language? Honour, Sovereignty and Claims-Making in the League of Nations*, en «Anthropological Theory», 3 (2003), 3, pp. 271-291.

<sup>(48)</sup> Mattias ÅHRÉN, *Indigenous Peoples’ Status in the International Legal System*, Oxford, OUP, 2016, cap. 2, epígrafe 4: «The League of Nations Epoch», con un par de casos de lo más significativa entre Dinamarca y Noruega sobre zonas de Groenlandia, en los cuales una antigua masacre indígena sirvió prueba de título colonial a favor de la estirpe de los perpetradores como si se tratase de un asunto exclusivo de soberanía entre Estados: P.T. FEDERSPIEL, *The Disputed Sovereignty over East Greenland*, en «International Affairs», 11 (1932), 6, pp. 783-811. Para contexto, FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire*, cit., cap. 10: «Terra Nullius and the polar regions». Son casos que sientan jurisprudencia: Shabtai ROSENNE, Yaël RONEN, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. 1, Leiden, Nijhoff, 2006<sup>4</sup>, pp. 705, 799, 1413 y 1486. Sobre la nulificación previa de títulos indígenas tanto públicos como privados a la que se conforman la jurisprudencia de la Corte Permanente y la doctrina internacionalista predominante, Mieke VAN DER LINDEN, *The Acquisition of Africa, 1870-1914: The Nature of International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017. Recuérdese todo esto para cuando reflexionemos en compañía de Rafael Altamira.

porque un Estado contara con algún magistrado en la Corte, como fue el caso de España <sup>(49)</sup>, dicha confianza se generó. Tampoco despertaría muchas simpatías entre las minorías, sobre las que su jurisprudencia fue, por decir poco, ambigua. En general, no generó un derecho constitucional internacional <sup>(50)</sup>. Dicho de otro modo, en nada contribuyó ni a un orden supraestatal ni a algún pluralismo jurídico.

Para garantizarse la paz, el Pacto especialmente se encomendó a la acción de los propios Estados sentándose principios y reglas de asistencia mutua. « Los miembros de la sociedad se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la sociedad » (art. 10). « Se declara expresamente que toda guerra o amenaza de guerra, afecte directamente o no a uno de los miembros de la sociedad, afecta a la sociedad entera y uqe ésta debe adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar eficazmente la paz de las naciones », impulsándose ante todo dicha asistencia entre Estados (art. 11). « Si un miembro de la sociedad recurriera a la guerra [...], es *ipso facto* considerado como habiendo cometido un acto de guerra contra todos los demás miembros de la sociedad. Estos se comprometen a romper inmediatamente con él todas las relaciones comerciales y financieras, a prohibir todas las relaciones entre sus nacionales y los del Estado en ruptura del Pacto y a hacer cesar todas las relaciones financieras, comerciales o personales entre los nacionales de este Estado y los de cualquier otro Estado, miembro o no de la sociedad » (art. 16). ¿Cómo pudieron todas estas previsiones tan inequívocas fracasar tan estrepitosamente en

---

<sup>(49)</sup> Precisamente Rafael Altamira, nuestro conocido desde la cita capitular: Vaya viéndose, aun acrítica, Yolanda GAMARRA, *Rafael Altamira, un historiador del derecho en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, 1921-1939*, en « Revista Internacional de Pensamiento Político », 6 (2011), pp. 303-326.

<sup>(50)</sup> Roman KWIECIEN, *The Permanent Court of International Justice and the Constitutional Dimension of International Law: From Expectations to Reality*, en *The Legacies of the Permanent Court of International Justice*, eds. Christian J. Tams, Malgosia Fitzmaurice, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, parte 5, cap. 2; Mohammad SHAHABUDDIN, *Ethnicity and International Law: Histories, Politics and Practices*, Cambridge, CUP, 2016, cap. 3: « Ethnicity in interwar international law: the minority protection regime in perspective ».

casos como el de Manchuria y Etiopía? Y no fueron los únicos. Estados miembros de la Sociedad de Naciones eran invadidos por otros sin que el resto entendiese que la agresión se cometía contra todos ni reaccionasen por lo tanto en consecuencia con el Pacto.

En relación a dichos casos, en aquel mundo de Imperios, hay claves que venían de antes. Los tratados entre Estados, los multilaterales como los bilaterales, no se entendían de un valor enteramente vinculante. En el orden internacional previo a la Sociedad de Naciones, en su tupida maraña de tratados que ya creaban obligaciones entre Estados, se sobrentendía por ejemplo la existencia de la «cláusula colonial», como vino a denominársele<sup>(51)</sup>. No solía hacerse explícita. Las excepciones fueron escasas. Todo lo que pudiera extraerse y alegarse de los tratados en beneficio de sujetos no-estatales, de individuos o de comunidades, de asociaciones o de organizaciones, se entendía que sólo era aplicable en latitudes coloniales por aceptación del mismo Estado o Imperio. La vinculación a tratados no regía en efecto con carácter general entre los Estados que los suscribían. Así acabó operando incluso respecto a la Paz de Versalles y al Pacto de la Sociedad de Naciones<sup>(52)</sup>. Lo hemos visto en el caso de Etiopía, víctima al cabo puede decirse que de dicha cláusula. Para un Estado africano las garantías del Pacto frente a la agresión bélica de un Estado europeo podían relajarse hasta desaparecer. En la misma Comisión Permanente de Mandatos pudo argumentarse que la sujeción de las colonias por medios bélicos no se comprendía en el concepto de guerra del Pacto puesto que respondía a la «misión sagrada de la civilización». Que la

---

(51) B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, cap. 2: «Cláusula colonial y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos»; L. NUZZO, *Lawyers, Space and Subjects: Historical Perspectives on the Western Legal Tradition*, Lecce, Pensa Multipedia, 2020, parte 3: «Subjects».

(52) Y más allá, incluso haciéndose explícito como en el caso bien señalado, llegándose a tiempos presuntos de derechos humanos, de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que no entraba de por sí en vigor en las colonias tras la ratificación del Estado colonial (art. 12: «Toda Parte contratante podrá, en todo momento, por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, extender la aplicación de la presente Convención a todos los territorios o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable»).

agresión bélica colonial no era guerra, sino policía, era el entendimiento político y doctrinal predominante <sup>(53)</sup>. Se le procuraba silenciar, pero se debatió en caliente <sup>(54)</sup>. El argumento de que se estaban produciendo acuerdos en la Sociedad de Naciones sobre proscripción de armas químicas no era decisivo pues operaba al efecto la cláusula colonial <sup>(55)</sup>.

Interesa particularmente el caso de Etiopía. Antes de la invasión italiana, sintiéndose acosada por la presión conjunta de Italia, Francia y Gran Bretaña, ya acudió a la Sociedad de Naciones invocando el derecho a defenderse como Estado independiente miembro de la misma. Ésta respondió declarando un embargo de armas a Etiopía, argumentando que así era como se defendía la paz. Y nombró una comisión para el estudio del caso de la que España formó parte. La misma dictaminó que Etiopía no acababa de cumplir los requisitos para ser Estado y que debía por ende someterse a tutela internacional. Es el contexto en el que Italia se decidió por la invasión. La Sociedad de Naciones reaccionó con sanciones nada duras y cedió levantándolas pronto. Recordemos tanto aquello del embargo como esto de la intervención italiana y, en

---

<sup>(53)</sup> Harald KLEINSCHMIDT, *Diskriminierung durch Vertrag und Krieg. Zwischensaatliche Verträge und der Begriff des Kolonialkriegs im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, Munich, Oldenbourg, 2013.

<sup>(54)</sup> Q. WRIGHT, *The Bombardment of Damascus*, y Elbridge COLBY, *How to Fight Savage Tribes*, en « American Journal of International Law », 20 (1926), 2, pp. 263-280, y 21 (1927), 2, pp. 279-288. Ahora SCHABAS, *The Trial of the Kaiser*, cit, cap. 4: « Making the Case in International Law », puede registrar cargos contra Alemania como el de « promiscuous bombardment from the air of undefended towns and villages » sin recordatorio alguno de la misma práctica de Gran Bretaña y Francia durante la guerra y en las colonias. Aunque experta en violencia colonial, lo mismo cabe decir, respecto a la prosecución de la guerra en las colonias, de Isabel V. HULL, *A Scrap of Paper: Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca, Cornell University Press, 2014.

<sup>(55)</sup> Miloš VEČ, *Challenging the Laws of War by Technology, Blazing Nationalism and Militarism: Debating Chemical Warfare before and after Ypres, 1899-1925*, en *One Hundred Years of Chemical Warfare: Research, Deployment, Consequences*, eds. Bretislav Friedrich, Dieter Hoffmann, Jürgen Renn, Florian Schmaltz, Martin Wolf, Heidelberg, Springer, 2017, parte 1, cap. 10; versión revisada en *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación de Estado en la era de la socialización*, eds. Martín, Fernández-Crehuet, Alfons Aragoneses, Sevilla, Athenaica, 2021, cap. 15.

general, lo de la falta de reacción de la Sociedad de Naciones porque todo ello tendrá su réplica en el caso español cuando fuera víctima de la agresión fascista y nazi en 1936<sup>(56)</sup>. Etiopía sentó un precedente del que España fue cómplice. Los Estados europeos no estaban inmunizados, ni siquiera ellos, en aquel escenario internacional. Inmunes sólo eran los Imperios mayores.

Para el Tratado de Versalles, la paz social en el interior de los Estados no es menos importante que la paz entre los Estados. A tal efecto ya está dicho que funda la Organización Internacional del Trabajo. La dota de una composición más amplia y unas competencias más dilatadas. Se le estructura con un componente de organización no gubernamental. La representación de los Estados se compone de cuatro delegados, dos gubernamentales, uno empresarial y uno sindical. Y la competencia es, en principio universal, sin distinción entre mandatos y colonias estrictamente dichas o entre minorías y Estados. Puede desarrollar unas mismas actividades de regulación y de escrutinio sin dichos distinguos o limitaciones. Mas no transcurrirían así exactamente las cosas en los tiempos de la Sociedad de Naciones. La Organización Internacional del Trabajo nace profundamente hipotecada por la motivación primaria de contrarrestar mediante políticas sociales el empuje socialista y, más en particular, el diseño expansivo de la revolución soviética<sup>(57)</sup>. Y no escapa en absoluto al contexto del imperialismo colonial. Ni intenta en rigor hacerlo. Tiene iniciativas como la de un Convenio sobre el Trabajo Forzoso, de 1930, para la eliminación de todas las

---

(56) Jean-François BERDAH, *La democracia asesinada. La República Española y las grandes potencias, 1931-1939*, Barcelona, Crítica, 2002; Christian LEITZ, *Nazi Germany and Francoist Spain*, Londres, Routledge, 2007; David W. PIKE, *Franco and the Axis Stigma*, Londres, Palgrave MacMillan, 2008; Enrique MORADIELLOS, *The International Dimension of the Spanish Civil War*, en *The Origins of the Second World War: An International Perspective*, ed. Frank McDonough, Londres, Continuum, 2011, cap. 18; Ángel VIÑAS, *La República en guerra. Contra Franco, Hitler, Mussolini y la hostilidad británica*, Barcelona, Crítica, 2012; David JORGE, *Inseguridad colectiva. La Sociedad de Naciones, la Guerra de España y el fin de la paz mundial*, València, Tirant Lo Blanch, 2016.

(57) Guy Fiti SINCLAIR, *Managing the 'Workers' Threat': Preventing Revolution Through the International Labor Organization*, en *Peace Through Law: The Versailles Peace Treaty and Dispute Settlement After World War I*, eds. Michel Erpelding, Burkhard Hess, Hélène Ruiz Fabri, Baden-Baden, Nomos, 2019, cap. 6.

formas de esclavitud. Entre múltiples excepciones y con supuestos de supresión tan solo « progresiva », deja resquicios para la reproducción del trabajo forzoso en medios coloniales, aparte de que podía seguir operando la cláusula colonial si no le salía al paso, lo que no se hacía <sup>(58)</sup>.

La Organización Internacional del Trabajo podría haberse hecho cargo de la previsión referida del Pacto de la Sociedad de Naciones, su institución matriz: « asegurar un tratamiento equitativo a las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración », esto es, en latitudes coloniales. Podría haber promovido Convenios para traducir a términos de derecho estricto esa fórmula tan vaga de « tratamiento equitativo ». Lo hizo solo a medias o menos que a medias. Empezó a ocuparse del trabajo colonial indígena por su especial exposición a formas extremas de indefensión y emitió recomendaciones sobre su tratamiento, pero todo ello bajo una perspectiva que no iba a la raíz pues no confrontaba ni mínimamente el colonialismo. Igual que su matriz, la Sociedad de Naciones, la Organización Internacional del Trabajo asumía « la misión sagrada de la civilización ». Para ésta, la disciplina del trabajo por cuenta ajena, de un trabajo forzado en los medios coloniales, constituía un elemento básico <sup>(59)</sup>.

Por lo demás, la efectividad más general de la Organización Internacional del Trabajo en la promoción de derechos laborales y sindicales fue en aquellos tiempos bastante modesta. Los sindicatos, aunque no dejasen de participar ni de tener iniciativas no precisamente anticoloniales, no era a su través como encauzaban su acción.

---

<sup>(58)</sup> Para esto y lo que sigue, LUÍS RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, New York, OUP, 2005; DANIEL MAUL, *Human Rights, Development and Decolonization: The International Labour Organization, 1940-70*, New York, Palgrave Macmillan, 2012 (edición revisada del original alemán), prólogo: « Separate Worlds — The ILO and 'native labour', 1919-39 ».

<sup>(59)</sup> F. COOPER, *Decolonization and African Society: The labor question in French and British Africa*, Cambridge, CUP, 1996, parte II: « Imperial fantasies and colonial crisis », y III: « The imagining of a working class »; KEVIN GRANT, *A Civilised Savagery: Britain and the New Slavery in Africa, 1884-1926*, New York, Routledge, 2005; *O Império colonial em questão (Sécs. XIX-XX)*, ed. Jerónimo, Lisboa, Edições 70, 2012, parte 2: « As economias do Império: Estado colonial, trabalho e propriedade ».

Ni la prevención ni la resolución de conflictos sociales en ámbitos ni metropolitanos ni coloniales pasaban por la Organización Internacional del Trabajo. A su alcance nunca estuvo el logro y la garantía de la paz social como pretendieran la Paz de Versalles y el Pacto de la Sociedad de Naciones. La Organización del Trabajo, lo mismo que la Corte de Justicia, tendrán una segunda vida, pues fueron recicladas por Naciones Unidas con cierta revisión nada a fondo <sup>(60)</sup>. Aquí solo nos ocupamos de los tiempos anteriores.

Con independencia de la estructura política de la Sociedad de Naciones, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Organización Internacional del Trabajo se podría haber desarrollado algún derecho incidente no sólo en las relaciones entre Estados, sino también en el interior de los mismos, de forma que se hubiera generado la dinámica de un pluralismo jurídico, pero apenas fue tal el caso. Tanto la Corte judicial como la Organización laboral estaban lastradas por un mundo de Imperios a cuyo servicio no dejaron de ponerse. No veían más pluralidad que la clónica entre Estados incluso cuando, cual en el caso de la segunda, entraban en su misma composición otras entidades como las organizaciones empresariales y sindicales. El pluralismo jurídico no es entonces que no existiera. Estaba fundamentalmente en la base colonial del sistema imperial por cuanto que entre los pueblos colonizados existían, se resistían y, mejor o peor, se acomodaban derechos propios. Como veremos, sólo habrá predisposición a asumir la existencia de pluralismo jurídico en un momento posterior, cuando la descolonización, y esto para estorbar que los nuevos Estados se hicieran con el poder sobre el derecho de los viejos Imperios. Espero que veamos. Antes tenemos todavía, de una parte, que contemplar el harakiri de la estructura política de la Sociedad de Naciones con ocasión de la Guerra de España y, de otra, reflexionar sobre todo lo visto en compañía de un magistrado de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

---

<sup>(60)</sup> MAUL, *Human Rights, Development and Decolonization*, cit.; Ingo VENZKE, *The International Court of Justice during the Battle for International Law, 1955-1975: Colonial Imprints and Possibilities for Change*, en *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, eds. Jochen von Bernstorff, Philipp Dann, Oxford, OUP, 2019, cap. 10.

Advirtamos un detalle antes de proseguir con esas otras partes. Toda esta historia suele verse de una forma retrospectiva y teleológica, particularmente por parte de la historiografía del derecho internacional en relación al régimen posterior de los derechos humanos de Naciones Unidas <sup>(61)</sup>. La de derecho constitucional no suele ni considerarla, perdiendo con esto la perspectiva de la pluralidad jurídica. Todo ello conlleva distorsiones de fondo. El tracto comunicante, desfigura los derechos tanto de unos tiempos a más como los de otros a menos <sup>(62)</sup>. El lector o lectora presumible andará sintiendo extrañeza por lo que viene leyendo. Otra historia le suena, una historia en la que la Sociedad de Naciones es incluso adelantada de la descolonización especialmente gracias a su régimen de mandatos que comenzó por lo menos a disciplinar al colonialismo. Es historia en la que esta organización internacional habría puesto ya en marcha el reconocimiento de los derechos humanos con su política aparentemente antiesclavista; historia en la que el principio de las nacionalidades sería el precedente del derecho de libre determinación; historia que también habría impulsado la emancipación del trabajo, comenzando a superarse con todo las exclusiones históricas de la sociedad internacional regida por Europa <sup>(63)</sup>.

Nada de ello se compadece con la evidencia histórica si de verdad se le busca. Y la buena historiografía debe tener en cuenta lo anterior al momento que estudia, no lo posterior; lo que ya existía,

---

<sup>(61)</sup> Taina TUORI, *From League of Nation Mandates to Decolonization: A History of the Language of Rights in International Law*, tesis doctoral (tutor, Koskenniemi), Universidad de Helsinki, 2016; accesible en el repositorio de <https://helda.helsinki.fi>; anticipo en *Revisiting the Origins of Human Rights*, eds. Pamel Slotte, Miia Halmel-Tuomisaari, Cambridge, CUP, 2015, cap. 12.

<sup>(62)</sup> Para muestra flagrante en una obra monumental toda ella transida de este efecto, Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, *La Sociedad de Naciones y los derechos humanos*, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, eds. Peces-Barba y otros, Madrid, Dykinson, 1998-2009, vol. 4, tomo 3, cap. 1. Entre literatura iusinternacionalista y iusfilosófica la adición de citas se haría interminables.

<sup>(63)</sup> Poniéndolo justamente en evidencia, Mark PEARCEY, *The Exclusions of Civilization: Indigenous Peoples in the Story of International Society*, New York, Palgrave Macmillan, 2016, crítico en particular con la historiografía que contempla el *standard of civilization* marcado por Europa como progresivamente inclusivo, « misión civilizadora » mediante, en vez de radicalmente excluyente primero de sujetos y luego, habiéndolos conformado y subordinado, de alternativas.

no lo que adviene más tarde sin ninguna regla por medio de necesidad histórica (64). A menudo la insidia retrospectiva opera desde un arranque y bajo el espectro detectable por el radar de la crítica historiográfica. Si los Imperios imponen desde un primer momento una lectura a la baja del Pacto de la Sociedad, pasa para los restos desapercibido el potencial pluralista del derecho supraestatal diseñado en el mismo Pacto y el desafío consiguiente de diálogo con las Constituciones de Estado. La historiografía debiera comenzar en suma por aquello de que el pasado es un país extraño al cual se ha de conocer, no de reconocer (65). Aun cuando se haga historia de presente, historiografía de tiempo cercano movida sin tapujos por el interés de entender la actualidad, habrá de aprenderse a mantener las distancias. Y dígase lo propio del futuro. No nace del presente. Éste solo marca posibilidades.

Nada es precedente determinante de nada. No valen genealogías. La historiografía habrá de consistir en reproducir y analizar uno y otro algo por separado antes de abordar y explicar su relación con la precedencia y la consecuencia que procedan (66). Los precedentes de derecho no prefiguran historia ninguna. Mirar a la Sociedad de Naciones como precursora de Naciones Unidas sin mayor solución de continuidad distorsiona la visión de ambas (67). Dificulta el

---

(64) David KENNEDY, *International law and the nineteenth Century: History of an illusion*, en « Nordic Journal of International Law », 65 (1996), 3-4, pp. 385-420; George R.B. GALINDO, *Martti Koskenniemi and the historiographical turn in international law*, en « European Journal of International Law », 16 (2005), 3, pp. 539-559; David ARMITAGE, *Foundations of Modern International Thought*, Cambridge, CUP, 2013, cap. 1, ep. 1: « The historiographical turn in the intellectual history ».

(65) « The past is a foreign country: they do things differently there », es el conocido arranque de la novela de L.P. HARTLEY, *The Go-Between* (1953), New York, New York Review of Books, 2002, con introducción de Colm Tóibín negando en cambio que se trate de un « lost world ». Presta título a reflexiones sobre historia y memoria: David LOWENTHAL, *The Past is a Foreign Country Revisited*, Cambridge, CUP, 2015 (primera, 1985), defendiendo, también en cambio, la conexión elitista con el pasado.

(66) M. CRAVEN, *International Law and its Histories*, en *Time, History and International Law*, eds. M. Craven, M. Fitzmaurice, Maria Vogiatzi, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, introducción.

(67) PEDERSEN, *The Guardians*, cit.; « Conclusion: Mandatory Statehood on the Making », p. 402: tras la Segunda Guerra Mundial « they rewrote the past to accommodate the present, suggesting that state-building had been the purpose of the mandates

manejo del presente y de sus posibilidades de futuro. Media en el caso no sólo una guerra salvaje entre Imperios, sino, ante todo, la determinación humana a los mismos efectos de forzar eventualmente continuidades. Si hay pasados que no pasan, es con esta decisiva mediación <sup>(68)</sup>. Para lo que aquí importa, ahí tenemos a la Sociedad de Naciones con su peculiar combinación entre compromiso pacifista y promoción del libre comercio sin contrapeso de derechos humanos de suma en total reproductora e incluso potenciadora del colonialismo. No hay más de una cara en aquel orden internacional, sino tan sólo la colonial bien compleja <sup>(69)</sup>.

6. *Testimonio español: Pluralismo jurídico más allá de Sociedad de Imperios y de Constitución de República.*

Rafael Altamira fue un académico español bien representativo de la amplia pléyade de juristas y publicistas europeos y euroamericanos que de diversa forma acompañaron y contribuyeron a la magna obra cultural e institucional de la Sociedad de Naciones preciándose de participar en un empeño civilizatorio tanto al interior de los propios Estados como y sobre todo por encima de sus fronteras <sup>(70)</sup>. Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad española y magistrado de la Corte Permanente de Justicia Interna-

---

system all along » a favor de los pueblos colonizados; « I hope it [*The Guardians*] has shown how profoundly this causal narrative misreads history » y también el presente por el juego sordo, bajo radar, de ese « mandatory statehood » como la vía de salida del colonialismo directo generándolo menos formal, pues nunca del todo informal.

<sup>(68)</sup> Clave al efecto, la serie de aportaciones precisamente de M. MAZOWER, *The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950*, en « *The Historical Journal* », 47 (2004), pp. 379-398; ID., *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, PUP, 2010; ID., *Governing the World*, cit., cap. 7: « The League is Dead: Long Live the United Nations ». A efectos regionales entre viejos Imperios, Marco DURANTI, *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, ante the Origins of the European Convention*, New York, OUP, 2017.

<sup>(69)</sup> Para el momento previo decisivo del reparto de África, decisivo por prefigurar los presupuestos del planteamiento colonial de la Sociedad de Naciones, lo constata CRAVEN, *Between law and history*, cit.

<sup>(70)</sup> M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2001, caps 3 y 4.

cional (71), fue autor, entre una obra bastante prolífica (72), de una *Filosofía de la Historia y Teoría la Civilización* publicada en plena Gran Guerra y así en vísperas de la Sociedad de Naciones (73). Se consideró ambiciosamente a sí mismo como experto en civilización más que en derecho. Su compromiso con el orden internacional incluso desde antes de la Sociedad de Naciones no se redujo a la referida magistratura (74). Ya le hemos visto, en la cita que encabeza

---

(71) Eva E. MARTÍNEZ CHÁVEZ, *Altamira y Crevea, Rafael (1866-1951)*, en *Derecho 'ex catbedra', 1847-1936. Diccionario de catedráticos españoles*, ed. Carlos Petit, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 22-25, aunque no mejora voces anteriores; por ejemplo, la de Mariano PESET en *El exilio valenciano en América. Obra y memoria*, eds. Albert Girona, M<sup>a</sup> Fernanda Mancebo, Valencia, Universitat de València, 1995, pp. 158-162; o la de Ignacio PEIRÓ y Gonzalo PASAMAR en *Diccionario Akal de Historiadores españoles contemporáneos*, Madrid, Akal, 2002, pp. 73-76. La voz que le dedica el *Diccionario Biográfico* de la Academia de la Historia, de Luís Miguel DE LA CRUZ, se reproduce entre los materiales de *El entorno de Rafael Altamira*, ed. Pilar Altamira, Alicante, Universidad, 2017. Últimamente, *80 años del exilio de los juristas españoles acogidos en México*, eds. Luís Arroyo y otros, València, Tirant Lo Blanch, 2020, cap. 5 de la sección *Biografías*, de Feliciano Barrios.

(72) Para bibliografía por estudiosos cercanos durante su exilio causado por la dictadura franquista, Javier MALAGÓN, Silvio ZAVALA, *Rafael Altamira y Crevea. El historiador y el hombre*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971. Para contexto de tal exilio, E.E. MARTÍNEZ CHÁVEZ, *España en el recuerdo, México en la esperanza. Juristas republicanos del exilio*, Madrid, Dykinson, 2020.

(73) R. ALTAMIRA, *Filosofía de la Historia y Teoría la Civilización*, Madrid, La Lectura, 1915. Se le tiene ahora online, en el sitio de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, un ejemplar con correcciones manuscritas del propio Altamira. Hay edición americana previa en inglés, *The Theory of Civilization. The Methods of Extending Civilization among the Nations, in Book of the Opening of the Rice Institute, Being an Account in Three Volumes of an Academic Festival Held in Celebration of the Formal Opening of the Rice Institute, a University of Liberal and Technical Learning Founded in the City of Houston, Texas, by William Marsh Rice and Dedicated by Him to the Advancement of Letters, Science, and Art*, Houston, Rice Institute, 1912-1917, vol. 1, cap. 1. Como se difundió fue por la edición española, que añade notas y de la que hay reprint por *Forgotten Books*. La versión inglesa recluida en el *Book of the Opening* está *most forgotten*; un ejemplar se tiene en la Biblioteca Rector Machado de la Universidad de Sevilla.

(74) R. ALTAMIRA, *El punto de vista americano en la Sociedad de Naciones*, Madrid, Sáenz Hermanos, 1921; ID., *La Sociedad de Naciones y el Tribunal Permanente de Justicia Internacional*, Madrid, Instituto de Derecho Comparado Hispano-Portugués-Americano, 1931; ID., *Cuestiones internacionales y de pacifismo*, Madrid, C. Bermejo, 1932; ID., *El Derecho al Servicio de la Paz. Cuestiones internacionales (Un nuevo aspecto*

este trabajo, participar en un congreso de apoyo a la Sociedad recién constituida. Recomiendo que se relea esa primera cita antes de proseguirse con este apartado de reflexión en su compañía <sup>(75)</sup>.

Altamira expone una « teoría de la civilización » en un singular no referido a la humanidad en su conjunto. Hay pueblos y pueblos. Y no todos son « pueblos civilizados ». Hay pueblos que « como los niños necesitan ser educados », a cuyo propósito deben cumplir « los más adelantados una función tutelar ». Son los « pueblos inferiores » de los que nos decía, en la cita capitular, que debe ocuparse la Sociedad de Naciones. Los hay que sencillamente se extinguen como tales ante el avance de los « pueblos civilizados »: « pueblos inferiores que jamás suben a la civilización del superior, sino que desaparecen absorbidos por éste ». Pudiera haberlos « que, por ser refractarios al tratamiento tutelar y educativo, deben eliminarse de la vida social moderna, si no de un modo violento y rápido, por la desatención de sus necesidades culturales y la absorción de sus medios económicos » <sup>(76)</sup>; dicho esto último en inglés, « people who, because they are refractory under any attempt to guide and educate them, should be eliminated from modern social life, if not by a quick, violent method, then by neglect of their cultural necessities and the absorption of their revenues » <sup>(77)</sup>. A esta luz o más

---

*de mis trabajos de pacifismo y de comprensión para la obra de la paz universal*), México, Imprenta Universitaria, 1954.

<sup>(75)</sup> *Compte Rendu des Travaux de la 3<sup>e</sup> Conférence des Associations des Pays Alliés et Neutres pour la Société des Nations tenue à Bruxelles les 1, 2 et 3 Décembre 1919*, París, Association Française pour la Société des Nations, 1920, que no he visto.

<sup>(76)</sup> ALTAMIRA, *Filosofía de la Historia y Teoría la Civilización*, cit., cap. 3: « Los procedimientos de civilización entre los pueblos ». Son posiciones ignoradas por sus estudiosos: Y. GAMARRA, *Rafael Altamira (1866-1951), un defensor de los derechos humanos en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional*, en *Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo*, eds. la misma, Fernández Liesa, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2015, pp. 327-342.

<sup>(77)</sup> ALTAMIRA, *The Theory of Civilization*, cit., conferencia tercera: « The Methods of Extending Civilization Among the Nations », p. 332. A otras trazas suyas por Estados Unidos se ha acercado C. PETIT, *Altamira en Chicago*, en R. ALTAMIRA, *Spain. Sources and Development of Law*, Madrid, Dykinson, 2018, estudio preliminar. Tampoco se extiende a la ocasión de sus conferencias en Houston Gustavo H. PRADO, *Rafael Altamira en América (1909-1910). Historia e historiografía del proyecto americanista de la Universidad de Oviedo*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2008.

bien sombra debe entenderse la asunción de la « misión sagrada de civilización » por la Sociedad de Naciones. He ahí, sin más literatura, el colonialismo genocida, el genocidio *avant la lettre*, pues la palabra no existía, pero no antes del hecho (78). La posición de Altamira no era nada singular en un medio cultural negacionista con la historiografía y con el derecho como elementos igualmente civilizatorios no sólo hacia el interior de los Estados, así aún imperiales (79).

« España sobrepujó, con respecto a los indígenas, a casi todos los pueblos colonizadores », es aseveración de Altamira que se complementa con esta nota manuscrita: « Por otra parte, es bien conocido que el régimen de tutela sigue imperando hoy día en la condición jurídica y social a que están sometidos muchos pueblos indígenas colonizados » (80). Una cosa, la pretérita, se relaciona de ese modo con la otra, la presente. Puede entonces comprenderse que, como hemos visto al principio, en la cita capitular, Altamira asegure que no hay mejor modelo a la vista de la propia Sociedad de Naciones que « nuestra legislación de Indias », nuestra por española; esto es, el cuerpo normativo colonial de una monarquía imperial. Tómese en serio. No está tan fuera de lugar como a primera vista

---

(78) B. CLAVERO, *Genocide or ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008. El libro de Altamira trata, como reza el título en inglés, sobre *methods of extending civilization* (en la versión más neutra española *procedimiento de civilización entre los pueblos*, ep. cit. del cap. 3), con lo que el genocidio resulta un método civilizatorio. Como huésped de una universidad tejana, Altamira estaba en la ocasión por tierras de uno consumado reciente: Gary C. ANDERSON, *Texas: Ethnic Cleansing in the Promised Land, 1820-1875*, Norman, University of Oklahoma Press (UOP), 2005, con la calificación de limpieza étnica, aun de gravedad no inferior al genocidio a su propio juicio: ID., *Ethnic Cleansing and the Indian: The Crime that Should Haunt America*, Norman, UOP, 2014.

(79) Recuérdense los casos referidos de la Corte Permanente de Justicia Internacional entre Dinamarca y Noruega por zonas de Groenlandia, que Altamira suscribe, en los que una masacre indígena se considera, no como un crimen de responsabilidad a dilucidar, sino como hecho que prueba la presencia europea y, así, el título colonial del agente genocida con la humanidad indígena como objeto y no como parte en el juicio cual regla asumida del derecho internacional.

(80) ALTAMIRA, *Filosofía de la Historia y Teoría la Civilización*, cit., p. 118, en el ejemplar referido de la Biblioteca Cervantes. Ignoro si el añadido se imprime en una segunda edición del mismo año 1915.

podiera parecer. Por aquellos mismos años, la Secretaría de Estado de los Estados Unidos adjudica « the task of collecting, arranging, and, so far as may be necessary, editing the authorities and documents relating to the subject of *Aborigines in the Law and Practice of Nations* ». Resulta del encargo un buen vademécum de derecho colonial. Fue sin género de dudas la mayor aportación de los Estados Unidos al orden internacional en tiempos de la Sociedad de Naciones <sup>(81)</sup>. Se basa en la tutela indígena que nos ha dicho Altamira, es decir, aunque no lo dijera, en el modelo colonial cuya elaboración jurídica y práctica institucional comenzara efectivamente en el seno de la monarquía imperial española por América. En forma así idealizada a ambas bandas, Altamira contribuyó a vincularla a los orígenes del derecho internacional, aunque su aportación no fuera ciertamente la decisiva en su generación <sup>(82)</sup>.

Altamira no sólo por supuesto se preocupaba, a propósito de la Sociedad de Naciones, de la cuestión colonial. Resaltaba igualmente los extremos que deberían interesar a derecho constitucional.

---

<sup>(81)</sup> Alpheus H. SNOW, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations, including a Collection of Authorities and Documents*, Washington, Government Printing Office, 1919, con sello impreso del « Department of State — United States of America » y sello estampado en ejemplares de bibliotecas públicas; « Gift of U.S.Gov. »; « Prefatory Note » sobre el encargo oficial, con la cita. Aun sin carácter oficial, resulta complementario M.F. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law: Being a Treatise on the Law and Practice Relating to Colonial Expansion*, Londres, Longmans, Green and Co., 1926. Son piezas fundamentales del derecho internacional del tiempo de la Sociedad de Naciones que no suelen tomarse en cuenta como tales.

<sup>(82)</sup> Por si se quiere comparar con un caso que en algo ciertamente lo es, tanto respecto a la historiografía como a la política y el derecho, Paolo AMOROSA, *Rewriting the History of the Law of Nations: How James Brown Scott Made Francisco de Vitoria the Founder of International Law*, Oxford, OUP, 2019, sobre mucho más que lo del sintomático montaje historiográfico con la figura de Vitoria que llega hasta hoy. Para idea sobre la posición más relevante de Altamira en el medio académico español, C. PETIT, *La prensa en la Universidad: Rafael de Ureña y la 'Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales', 1918-1936*, en « Quaderni fiorentini », 24 (1995), pp. 199-302, ofreciendo también más de lo que anuncia, igual que en *Altamira en Chicago*, cit. Para algo más; Santos CORONA, *Rafael Altamira y el Grupo de Oviedo*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2002; José M<sup>o</sup> PUYOL, *Enseñar derecho en la República. La Facultad de Madrid, 1931-1939*, Madrid, Dykinson, 2019, cap. 4, ep. 2.f: « La cátedra de Historia de las instituciones políticas y civiles de América ».

Otra conclusión de aquel Congreso de 1919 en apoyo a la Sociedad de Naciones — nos dice — « es de respeto al principio de las nacionalidades y a las libertades fundamentales de los hombres », por lo que « se invita a la misma, a la Sociedad de las Naciones, a formular, tan pronto como le sea posible, los principios que garanticen a las nacionalidades comprendidas en el territorio de cada Estado la igualdad civil, la libertad religiosa y el libre uso de su idioma »<sup>(83)</sup>. Es claro que la Sociedad no acogió la recomendación, pues ni asumió compromiso alguno con « libertades fundamentales » ni generalizó ningún derecho de « las nacionalidades » comprendidas en el interior de los Estados, llamadas así mejor que minorías.

En todo caso, aunque con otro lenguaje, ambos vectores, el de las libertades ciudadanas y de las nacionalidades internas, caracterizarían a la Constitución española de 1931, la Constitución de la República Española, Constitución que además se caracterizaba por su internacionalismo mediante la asunción precisamente de los compromisos fundacionales de la Sociedad de Naciones<sup>(84)</sup>. Es la Constitución más internacionalista de aquellos tiempo, a la que Altamira mostraría el debido aprecio<sup>(85)</sup>, aunque no haría el intento o ni siquiera concibiera la necesidad de articularla con esos principios de derechos individuales y colectivos que podrían haber compuesto el pluralismo normativo surgido del tránsito entre un orden meramente interesatal de tratados al orden potencialmente supraesatal del Pacto de la Sociedad. El intento de articulación hubiera

---

(83) ALTAMIRA, *Filosofía de la Historia y Teoría la Civilización*, cit., p. 17.

(84) J.L. NEILA, *El proyecto internacional de la República: democracia, paz y neutralidad, 1931-1936*, en *La política exterior de España, 1800-2003. Historia, condicionantes y escenarios*, ed. Juan C. Pereira, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 453-474; Ciro MILIONE FUGALI, *Los principios inspiradores de la política exterior en la Constitución de la Segunda República española*, en *Constitución de 1931. Estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, eds. Luís I. Gordillo, Sebastián Martín, Víctor Vázquez, Madrid, Marcial Pons, 2017, cap. 8.

(85) R. ALTAMIRA, *La constitution et le régime politique (Éléments de droit constitutionnel)*, en *La Vie Juridique des Peuples*, eds. Henri Lévy-Ullmann, Boris Mirkine-Guetzévitch, vol. 5, *Espagne*, París, Delagrave, 1934, cap. 1. Sobre aquel internacionalismo constitucional, CLAVERO, *Derecho bajo asedio*, cit., ep. 2: « Derecho constitucional y derecho internacional ».

puesto ante la vista el entramado de mandatos y colonias haciendo estallar las costuras de la misma confluencia entre Pacto y Constitución <sup>(86)</sup>.

En su calidad de historiador y jurista, Altamira era consciente del pluralismo jurídico. Le hemos visto conceder que el cuerpo normativo del Imperio Español para América nunca rigió en toda su integridad y a todos los efectos ni estuvo en condiciones o en disposición de hacerlo. Eran — nos decía — «leyes practicadas muchísimas más veces y en más extensos territorios de lo que la leyenda negra ha supuesto», no así en toda su pretensión. A lo que ahora nos importa, que no es desde luego la llamada «leyenda negra» <sup>(87)</sup>, Altamira se significó por valorar la concurrencia histórica en la América hispana de más normas que las «Leyes de Indias» y de más fuentes del derecho que las españolas, esto particularmente por la subsistencia de ordenamientos indígenas más allá de lo tolerado por el Imperio: «costumbres que sobrevivieron en la población indígena para uso propio» <sup>(88)</sup>. Bajo el concepto de

---

<sup>(86)</sup> Para un caso que parece facilitar la articulación por postergar precisamente el factor colonial, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Droit Constitutionnel International*, París, Sirey, 1933; ID., *Droit Constitutionnel et l'Organisation de la Paix*, París, Sirey, 1934. Con otra visión de su figura, Stéphane PINON, *Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel*, en «Droits», 46 (2007), 2, pp. 183-212.

<sup>(87)</sup> Sobre su carácter nada contraimperialista, que dio juego a proyectos imperiales competitivos de los Países Bajos, Gran Bretaña y Francia antes que a los de Estados Unidos, María DEGUZMÁN, *Spain's Long Shadow: The Black Legend, Off-Whiteness, and Anglo-American Empire*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2005. Tampoco entro aquí en la leyenda contraria y mayor que, como Altamira, presume la bondad de las llamadas «Leyes de Indias», el derecho del Imperio español academizado como *derecho indiano*: B. CLAVERO, *Europa y su diáspora. Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017, cap. 4, ep. 3.2: «Quintaesencia del colonialismo en las Indias: el Derecho Indiano como derecho europeo».

<sup>(88)</sup> R. ALTAMIRA, *Estudios sobre las fuentes de conocimiento de la Historia del Derecho Indiano. La costumbre jurídica en la colonización española*, en «Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia» (México), 31 (1946), pp. 143-212, 32 (1946), pp. 181-210, 33 (1947), pp. 199-234, 34 (1947), pp. 136-165, 35-36 (1947), pp. 311-341, 37 (1948), pp. 177-191, 38 (1948), pp. 147-166 y 39-40 (1948), pp. 224-253, aquí, concluyendo, cap. 6, ep. 3: «Valor jurídico y clasificación de las costumbres» (cita en p. 240). Altamira escribió *La costumbre jurídica* como libro, pero no tuvo edición exenta. Suele citarse mal.

derecho consuetudinario, es fenómeno que también valoró desde temprano para la metrópolis en época contemporánea <sup>(89)</sup>.

Consideraba Altamira en suma que, incluso en tiempos constitucionales, las fuentes del derecho distaban de ser una exclusiva del Estado. Aunque use y abuse del término, el derecho para Altamira era más y algo otro que la legislación y sus hijuelas <sup>(90)</sup>. No se encontraba además solo en estas posiciones por los medios de la academia española <sup>(91)</sup>. La cuestión es entonces la de cómo, estando Altamira en tan buenas condiciones como historiador, como jurista y como magistrado internacional, ni siquiera concibió la necesidad de articular Constitución española y Pacto de la Sociedad, de componer de algún modo la respectiva pluralidad o, aún menos, de ampliar la composición a derechos de Estados y de pueblos sin Estado y con derecho, los sometidos a colonialismo inclusive, lo cual resultaba en su medio impensable <sup>(92)</sup>. La percepción del pluralismo

<sup>(89)</sup> R. ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, López Camacho, 1890 (*Obras Completas*, Madrid Iberoamericana, 1929-1935, vol. VII); Id., *Historia del Derecho Español, Cuestiones Preliminares*, Madrid, Victoriano Suárez, 1903, caps. 4-5 y apéndice 2; Id., *Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Alicante*, Madrid, Asilo de Huérfanos, 1905; Id., *Le droit coutumier espagnol moderne*, en *Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Génys*, ed. Édouard Lambert, París, Sirey, 1934, vol. 2, tit. 4, *La coutume*, cap. 1.

<sup>(90)</sup> Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en la América hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, cap. 1, ep. 2: «El retorno de la costumbre»; Jesús VALLEJO, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III, 2014, cap. 3: «La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira».

<sup>(91)</sup> B. CLAVERO, *El método entre infieles o el código en España*, en «Quaderni fiorentini», 20 (1991), pp. 271-317, sobre autores también nada marginales como Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, Joaquín Costa, Pedro Dorado Montero, Lorenzo Benito y Adolfo Posada, además del propio Altamira. Derecho consuetudinario de título propio, no derivado del Estado, había sido reconocido por el Título Preliminar del Código Civil en 1888 bajo el nombre de *derecho foral*.

<sup>(92)</sup> Will HANLEY, *Statelessness: An Invisible Theme in the History of International Law*, en «European Journal of International Law», 25 (2014), 1, pp. 321-327, recensión, crítica en ese punto, de un instrumento precisamente caracterizado por su empeño de superación del estatocentrismo: *The Oxford Handbook of the History of International Law*, eds. Bardo Fassbender, Ann Peters, Oxford, OUP, 2012. El problema persiste en la medida en la que la humanidad sujeta a colonialismo no se considera

jurídico realmente existente chocaba con escollos profundos. Altamira, como tantos otros en su generación y en sus medios, no podían percibirlo para el pasado cabalmente, en su alcance y con sus implicaciones, porque la posición imperial bloquea la visibilidad del colonialismo para la historia y en la actualidad<sup>(93)</sup>. En casos como el de Altamira, entre historiografía y derecho, la imagen de la América colonial encubre a la Europa colonialista, la del pasado y la del presente a un tiempo<sup>(94)</sup>.

Por los terrenos del derecho, en relación a Sociedad de Naciones y República española, se daba por hecho que, con su marcado internacionalismo, la Constitución misma se bastaba para componer el ordenamiento, como si la reciprocidad del derecho internacional no hiciera falta. Aquí, en tamaña presunción, radicaba un escollo de partida. La Constitución en general venía afirmándose como norma de normas, fuente de fuentes, con vocación de exclusividad, si no en la producción de todo el ordenamiento, sí en la acreditación de todos sus componentes. Dicho de otra forma, la Constitución había venido a convertirse en factor principal de monismo normativo, en impeditivo mayor de cualquier pluralismo o de reconocimiento y formalización del siempre existente de uno u otro signo. Se base en la soberanía del Estado o en el poder constituyen ciudadano, el paradigma resultante es el mismo, el del absolutismo jurídico como diría Paolo Grossi. No obstante, la Constitución en general se basa también en derechos, con lo que la cuestión puede resultar un tanto más compleja desde un inicio. Se le reconozca o no, el pluralismo de una u otra forma siempre está

---

*stateless*: Mira L. SIEGELBERG, *Statelessness: A Modern History*, Cambridge, Mass., HUP, 2020, caps. 2-4.

<sup>(93)</sup> Analiza este efecto respecto a uno de los principales internacionalistas ingleses de entreguerras, autor de *The League of Nations and the Rule of Law, 1918-1935* (1936), también historiador y teorizante de la civilización como Altamira, MOREFIELD, *Empires without Imperialism*, cit., cap. 1: « Alfred Zimmern's 'Oxford Paradox': Displacement and Athenian Nostalgia ».

<sup>(94)</sup> Para muestras de la visión opuesta y usual de ceguera para con el colonialismo a todas las bandas (para la América española, para tiempos de Altamira en el caso y para hoy), Eva M<sup>a</sup> VALERO, *Rafael Altamira y la "reconquista espiritual" de América*, Alicante, Universidad de Alicante, 2003; PRADO, *Rafael Altamira en América*, cit.; PETIT, *Altamira en Chicago*, cit.

presente. Y el monismo jurídico a ultranza es empeño propio de Dictadura, no de Constitución <sup>(95)</sup>.

Cuando, en la España de 1931, la Constitución viniera a reforzarse por el compromiso con derechos de libertad, derechos individuales, sociales y también de « nacionalidades » internas; cuando además vino al tiempo a reconocerse un derecho internacional no reducido a tratados y otras convenciones o costumbres a disposición permanente del Estado, viene a provocarse una fuerte tensión entre el monismo presunto y el pluralismo pujante. En este caso de aquella Constitución española, concurriendo todos esos elementos, el monismo se tensa al máximo. Sigue prevaleciendo en teoría, como se manifiesta particularmente por una previsión que contiene de posibilidad de retirada de la Sociedad de Naciones, aunque esto pudiese neutralizarse en la práctica configurada por el grueso de la Constitución misma <sup>(96)</sup>. El ejercicio de los derechos que registra, no sólo de sujeto individual, es fuente natural de pluralismo jurídico. Su integración en una organización internacional presidida por un Pacto que lo que contempla es un ordenamiento supraestatal multiplica y potencia las posibilidades del propio pluralismo. Que la Sociedad de Naciones falle no quita significación a aquel desafío de aquella Constitución de España, un desafío en todo caso lastrado por el estrabismo cara al colonialismo que padecen y del que se benefician ambas en común.

Si una Constitución tan internacionalista preveía el supuesto de abandono de la Sociedad de Naciones, si ésta podía resultarle entonces accidental, ¿por qué tamaño compromiso? Si fuese por reforzar los derechos, las « libertades fundamentales » que nos decía Altamira en 1919, se estaría previendo la posibilidad de que la Sociedad de Naciones se volviera contra ellos, contra los derechos,

---

<sup>(95)</sup> B. CLAVERO, *Historia jurídica europea*, eds. Vallejo, Martín, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2020, cap. 7: « *La Paix et la Loi*. ¿Absolutismo constitucional? », en diálogo con Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1998.

<sup>(96)</sup> José R. ORUÉ, *Preceptos internacionales en la Constitución de la República española*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », 160 (1932), 4, pp. 385-465, epígrafe 7: « La Sociedad de Naciones. Retiro voluntario de España », apreciaba que la previsión constitucional se hizo conforme a requerimientos del mismo Pacto en prevención de que no se repitieran retiradas precipitadas como la referida de la misma España en 1926.

imponiéndose en consecuencia el abandono para defenderlos. ¿Por qué, entonces, no especificar unos motivos, pues no lo hacía? Además, a las alturas de 1931, si había algo comprobado es que la organización internacional no estaba incidiendo en derechos, ni para bien ni para mal. Lo testimoniaban los amagos de abolición de la esclavitud. ¿Qué otra motivación pudiera haber entonces si no era la de los derechos? Pues no la tenemos constitucional, acudamos a la política, a la aspiración española, común a gobiernos monárquicos y republicanos, de que la Sociedad de Naciones sirviese para apuntalar, sostener y hasta expandir, no exactamente el Estado, sino su Imperio. Ya sabemos que es un designio no exclusivo de España. La Sociedad de Naciones era una asociación ante todo y sobre todo de Estados-Imperios. Las mismas defecciones de Japón, Alemania e Italia se debieron a que la Sociedad no respondió a sus particulares expectativas imperiales.

No sólo se trataba de que los Imperios mayores abrigasen la motivación colonialista para la fundación de la Sociedad de Naciones y el establecimiento de la correspondiente paz internacional. Tampoco se les sumaban tan sólo Imperios menores como España. Entre los miembros de la Sociedad predominaban los Estados de cimientos coloniales. Eran Imperios domésticos. Es el caso en general de los Estados americanos cuya independencia había mantenido internamente el tracto colonial de cara a los pueblos indígenas<sup>(97)</sup>. Lo es también de los Estados africanos miembros de la Sociedad, Etiopía con el domino abisinio sobre pueblos de otro carácter y Liberia con el predominio no menos colonial del sector descendiente de exesclavos retornados a África desde los Estados Unidos<sup>(98)</sup>, por no decir de los Dominios como el de Sudáfrica que fue agente muy activo en la fundación de la Sociedad<sup>(99)</sup>. Aparte

---

(97) B. CLAVERO, *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017.

(98) Bruce MADDY-WEITZMAN, *The Berber Identity Movement and the Challenge to North African States*, Austin, University of Texas Press, 2011; Sebastian BALFOUR, *Abrazo mortal. De la guerra colonial a la Guerra Civil en España y Marruecos, 1909-1939*, ed. ampliada, Barcelona, Península, 2018.

(99) Jan SMUTS, *The League of Nations: A Practical Suggestion*, New York, Nation, 1919, con una inquietante prosecución en la fundación de Naciones Unidas para defensa de los Imperios: MAZOWER, *No Enchanted Palace*, cit., cap. 1: «Jan Smuts and

peculiaridades británicas, que la organización internacional no se considerase como asociación de Imperios sino de Estados — una Nación cada Estado — era su ficción fundacional.

El sector dominante en Liberia era cristiano como cristiana a su modo también era Abisinia, la Etiopía de esta identificación. Eran cristianos los Estados africanos de la Sociedad de Naciones <sup>(100)</sup>. Fuera de ella, no otro que imperial es el caso, musulmán, de Marruecos con el dominio árabe sobre el pueblo amazigh cuyo sometimiento figuraba en la agenda oculta del Coprotectorado franco-hispano <sup>(101)</sup>. Este era el mundo de la Sociedad de Naciones como no escapaba a la propia época <sup>(102)</sup>. Las alternativas de otros órdenes o desórdenes internacionales, la soviética y la nazi, eran igualmente, de diversa forma, imperiales <sup>(103)</sup>. En este contexto, la Sociedad de Naciones representaba un imperialismo cooperativo y hasta comanditario con el signo principal de la política de puertas

Imperial Internationalism»; MOREFIELD, *Empires without Imperialism*, cit., cap. 5: « Empire's Handyman: Jan Smuts and the Politics of International Holism ».

<sup>(100)</sup> Aparte orientación, William A. POE, *Not Christopolis but Christ and Caesar: Baptist Leadership in Liberia*, en « Journal of Church and State », 24 (1982), 3, pp. 535-551; Jean ALLAIN, *Slavery and the League of Nations: Ethiopia as a Civilised Nation*, en « Journal of the History of International Law », 8 (2006), 2, pp. 213-244.

<sup>(101)</sup> Todo ello se subraya y analiza en bibliografía ya registrada, particularmente en PARFITT, *The Process of International Legal Reproduction*, cit.

<sup>(102)</sup> Rayford W. LOGAN, *The Operation of the Mandate System in Africa*, en « Journal of Negro History », 13 (1928), 4, pp. 423-477. « Without the representation of colonial subjects and US Blacks, the gathering in Paris is an agreement for domination », dictaminó W.E.B. DU BOIS, cit. por Inés VALDEZ, *Association, Reciprocity, and Emancipation: A Transnational Account of the Politics of Global Justice*, en *Empire, Race and Global Justice*, ed. D. Bell, Cambridge, CUP, 2019, cap. 5, p. 138. Para más detalle, Zhang JUGUO, *W.E.B. Du Bois: The Quest for the Abolition of the Color Line*, New York, Routledge, 2001, cap. 4: « Du Bois and the problem of the color line, 1900-1930 »; Mekondjo KAAPANDA, *Civilised Negroes: Pan-African Petitions to the League of Nations*, 2007, disponible en SSRN (<https://www.ssrn.com>). Para visión desde otras latitudes, Pankaj MISHRA, *From the Ruins of Empire: The Revolt Against the West and the Remaking of Asia*, Londres, Allen Lane, 2012, cap. 4: « 1919. 'Changing the History of the World' ».

<sup>(103)</sup> *Russian Empire: Space, People, Power, 1700-1930*, eds. J. Burbank, Mark von Hagen, Anatoly Remnev, Bloomington, IUP, 2007; Valery A. KIVELSON, Ronald G. SUNY, *Russia's Empires*, Oxford, OUP, 2016, caps. 9: « Clash and Collapse of Empires, 1914-1921 », y 10: « Making Nations, Soviet Style, 1921-1953 ».

abiertas en las colonias. No se le concibió a costa de los Estados o, aún menos, de los Imperios, sino a su servicio<sup>(104)</sup>. Su indudable apuesta por la paz lo era por una paz determinada, la paz entre Imperios, la que permitiera una reproducción sostenible y concertada del colonialismo, incluso del más frontalmente genocida<sup>(105)</sup>. Ya sabemos que la guerra en las colonias no era guerra, sino policía. Ahí estaban para todo ello complementándose la fórmula de la «misión sagrada de civilización» del Pacto de la Sociedad de Naciones y el registro de «Protectorado y Colonias» en la Constitución de la República Española. Civilización en singular es signo y clave de colonialismo<sup>(106)</sup>.

Aun con toda la extinción de pueblos producida por el colonialismo, abundaba el pluralismo, un pluralismo que, igual que el mismo genocidio, no esperó para manifestarse a ser identificado por la doctrina académica. ¿Cómo podría articularse y componerse en tales condiciones? El problema no es tan sólo el de incapacidad final de un determinado constitucionalismo como el español. Las dificultades eran estructurales. Constituían impedimentos prácticamente insuperables en términos de derecho. Sea dicho no por justificar a ese teórico del genocidio que nos ha resultado Altamira o a ningún otro intelectual español o foráneo ni a ninguna escuela de toda la constelación jurídica de aquel imperialismo. Los problemas para la articulación del pluralismo existente, de un pluralismo que se

---

<sup>(104)</sup> El interimperialismo se ha identificado mejor para la segunda posguerra que para la primera: HANSEN, JONSSON, *Eurafrica*, cit. También interesan G. GARAVINI, *After Empires: European Integration, Decolonization, and the Challenge from the Global South, 1957-1986*, Oxford, OUP, 2012 (original italiano, 2009); E. BUETTNER, *Europe after Empire: Decolonization, Society, and Culture*, Cambridge, CUP, 2016. Generalizando, mediante proyección en el tiempo y el espacio, y descuidando la dimensión cooperativa interimperial salvo en el orden cultural, Laura DOYLE, *Inter-Imperiality: Dialectics in a Postcolonial World History*, en «Interventions. International Journal of Postcolonial Studies», 16 (2014), 2, pp. 159-196.

<sup>(105)</sup> Martin SHAW, *Genocide and International Relations: Changing Patterns in the Transitions of the Late Modern World*, Cambridge, CUP, 2013, cap. 4: «European: inter-imperial crisis and world war», también interesante para el entendimiento de aquel sistema internacional como interimperial más que interestatal.

<sup>(106)</sup> Brett BOWDEN, *The Empire of Civilization: The Evolution of an Imperial Idea*, Chicago, UChP, 2009; Robert A. WILLIAMS, *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization*, New York, Palgrave Macmillan, 2012.

extendía desde el derecho de la Sociedad de Naciones a los derechos de los pueblos colonizados, fuese domésticamente o a distancia, pasándose por todo el ordenamiento desplegado desde el fortín del monismo, el Estado, no sólo es que resulten incontables <sup>(107)</sup>. Son intratables, irreductibles y hasta impensables en su conjunto. Desengañémonos <sup>(108)</sup>. No hay teoría de pluralismo jurídico capaz de representar la pluralidad real ni historiografía que la abarque. Si progresan, es algo a ciegas, con la dificultad de acceder al conocimiento de cultura sin reconocimiento político <sup>(109)</sup>. Y esto por no hablar del problema primario de carencia de fuentes cuando no son escritas, entre lenguas que sólo dominan sus hablantes, o caso de que hayan sido deliberadamente destruidas. El propio material de bi-

---

<sup>(107)</sup> Para alguna ilustración, *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, eds. Rodolfo Stavenhagen, Diego Iturralde, México, Instituto Indígena Interamericano, 1990; James TULLY, *Strange multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, CUP, 1995; Peter KARSTEN, *Between Law and Custom: 'High' and 'Low' Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora. The United States, Canada, Australia and New Zealand, 1600-1900*, Cambridge, CUP, 2002; P.G. McHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-Determination*, Oxford, OUP, 2004; Margarita SERJE, *El revés de la nación. Territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; L. FORD, *Settler Sovereignty: Jurisdiction and Indigenous People in America and Australia, 1788-1836*, Cambridge, HUP, 2010; *Between Indigenous and Settler Governance*, eds. L. Ford, Tim Rowse, New York, Routledge, 2013; *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, ed. L. Benton y Richard J. Ross, New York, New York University Press, 2013; Audra SIMPSON, *Mohawk Interruptus: Political Life Across the Borders of Settler States*, Durham, Duke University Press (DUP), 2014; PEARCEY, *The Exclusions of Civilization*, cit.; Maïa PAL, *Jurisdictional Accumulation: An Early Modern History of Law, Empires, and Capital*, Cambridge, CUP, 2021.

<sup>(108)</sup> La mejor representación que conozco del pluralismo de interés jurídico es de arte figurativo, la abigarrada de la escultura *The Spirit of Haida Gwaii* de Bill Reid que se toma para imagen de portada de TULLY, *Strange multiplicity*, cit. También se le reproduce como pórtico de la edición brasileña de B. CLAVERO, *Constitucionalismo Global. Por una história verossímil dos direitos humanos*, Goiânia, Palavrear, 2017. *Haida Gwaii* es el archipiélago del pueblo haida al sur de Alaska, hoy en Canadá.

<sup>(109)</sup> Oren PEREZ, *Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environmental Conflict*, Oxford, Hart, 2004; Prakash SHAH, *Legal Pluralism in Conflict: Coping with Cultural Diversity in Law*, Londres, Glass House, 2005; *Normative Pluralism and Human Rights: Social Normativities in Conflict*, ed. Kyriaki Topidi, New York, Routledge, 2018; Hanisah B.A. SANI, *State law and legal pluralism: towards an appraisal*, en «Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law», 52 (2020), 1, pp. 82-109.

bibliotecas y archivos en el que tanto confiamos depende de la misma historia de dominaciones y exclusiones <sup>(110)</sup>. ¿Lo que no obra por escrito, debidamente catalogado o archivado, en lengua además que hoy sea de Estado, no ha existido realmente, si no para la historia, para la historiografía? <sup>(111)</sup>. La Sociedad de Naciones pensaba que el mundo podía gobernarse con el inglés y el francés de los Imperios mayores. ¿Cómo iba a percibirse ningún pluralismo significativo?

Entonces, por aquellos tiempos de la Sociedad de Naciones, podían advertirse aspectos sectoriales de la pluralidad jurídica, como el de un derecho consuetudinario más allá de lo admitido eventualmente por el Estado en el caso de Altamira o de tantos otros juristas, pero la propia fuerza del monismo estatal nublabla la perspectiva, si no es que bloqueaba simplemente la visión. Lo propio cabe decir de la interposición del Estado como sujeto internacional respecto al alcance efectivo del pluralismo jurídico dentro del Imperio y en buena parte a su pesar, así como el introducido a su vez por la Sociedad de Naciones al postular un derecho supraestatal prefigurando un espacio jurídico en el que los Estados mismos resultan agentes de pluralidad. Y no son factores que estén desaparecidos

---

<sup>(110)</sup> Gordon BROTHERSTON, *Book of the Fourth World: Reading the Native Americas Through Their Literature*, New York, CUP, 1992; Thomas RICHARDS, *The Imperial Archive: Knowledge and Fantasy of Empire*, London, Verso, 1993; Michel-Rolph TROUILLOT, *Silencing the Past: Power and the Production of History*, Boston, Beacon, 1995; James C. SCOTT, *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven, Yale University Press, 1998; SATIA, *Spies in Arabia*, cit., cap. 9: « Seeing Like a Democracy »; *Archive Stories: Facts, Fictions, and the Writing of History*, ed. Antoinette Burton, Durham, DUP, 2005; Ann L. STOLER, *Along the Archival Grain: Epistemic Anxieties and Colonial Common Sense*, Princeton, PUP, 2009; Terry COOK, *Archive(s) is a Foreign Country: Historians, Archivists, and the Changing Archival Landscape*, en « The American Archivist », 74 (2011), 2, pp. 600-632; Lisa LOWE, *The Intimacies of Four Continents*, Durham, DUP, 2015; Ian COBAIN, *The Thieves of History: Secret, Lies and the Shaping of a Modern Nation*, Londres, Portobello, 2016; Thomas RID, *Active Measures: The Secret History of Disinformation and Political Warfare*, Londres, Profile, 2020, conclusión: « A Century of Disinformation ».

<sup>(111)</sup> Un manifiesto reciente por el pluralismo en la historia del derecho sólo mira a fuentes escritas hasta el punto de considerar que la mejora progresiva de Google Translator de lenguas no europeas al inglés hará dispensable el plurilingüismo: Ron HARRIS, *Is it Time for Non-Euro-American Legal History?*, en « American Journal of Legal History », 56 (2016), 1, *The Future of Legal History*, pp. 60-65, en el mismo número, pp. 92-96, Martha S. JONES, *First the Streets, Then the Archives*, como sugerencia primaria.

por mucho que ciertamente se hayan transformado <sup>(112)</sup>. En fin, el problema era y es de toda una cultura, no de época, sino de clases dominantes, juristas desde luego incluidos en lugar destacado. En lo que respecta a la historiografía, mal estaría que siguiera recluida en tal horizonte mental cohonestando lo que a diestro se cohonestaba e invisibilizando cuanto a siniestro se invisibilizaba <sup>(113)</sup>. La dimensión constitutivamente imperialista de la Sociedad de Naciones se cohonesta al tiempo que se invisibiliza por la historiografía y por la doctrina internacionalista al uso <sup>(114)</sup>.

De la parábola de España y la Sociedad de Naciones ha quedado en la memoria de la historiografía el episodio final del intento vano de la primera por lograr apoyo internacional frente a la agresión fascista y nazi, un apoyo debido según el Pacto de la segunda y, por si esto no bastara, merecido a la luz de la propia Constitución republicana española, tan internacionalista <sup>(115)</sup>. El episodio a la postre no menos vano del intento de esta última por

---

<sup>(112)</sup> No me refiero a la idea actual de Imperio desvinculada del imperialismo histórico: *Debating Empire*, ed. Gopal Balakrishnan, Londres, Verso, 2003, *Empire's New Clothes: Reading Hardt and Negri*, eds. Paul A. Passavant, Jodi Dean, New York, Routledge, 2004; Atilio A. BORON, *Empire and Imperialism: A Critical Reading of Michael Hardt and Antonio Negri*, Londres, Zed, 2005, en relación todo ello, y bastante más, a Michael HARDT, ANTONIO NEGRI, *Empire*, Cambridge, Mass., HUP, 2000. Por otra parte, con los apologistas actuales del imperialismo pasado o presente, desde los más desbocados como Niall Ferguson hasta los más contenidos como Michael Ignatieff, aquí no hay trato pues, además de distraer, sería redundante: MOREFIELD, *Empires without Imperialism*, cit., caps. 4 y 6; P. MISHRA, *Bland Fanatics: Liberals, Race, and Empire*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2020, cap. 1.

<sup>(113)</sup> Aun con reservas que expresé en *¿Naciones imperiales o Imperios sin fronteras?*, cit., y aparte mi concentración en el mundo de derecho, respecto a la historiografía crítica sobre Imperios, he venido a situarme con todo ello en las inmediaciones de BURBANK y COOPER, *Empires in World History*, cit., y GO, *Patterns of Empire*, cit.

<sup>(114)</sup> MOREFIELD, *Empires without Imperialism*, cit., p. 102: « political theory and elaborate historical narrative of empire developed » desde la entrada del siglo XX en medios británicos y estadounidenses « helped to lay the ideological groundwork for an approach to world order in which formal imperialism could effectively masquerade as internationalism »; lo que se puso de relieve « in the League of Nations' Mandate System [...] which officially extended formal imperialism in theme of internationalism ».

<sup>(115)</sup> CLAVERO, *Derecho bajo asedio*, cit., ep. 4: « Guerra de España, derecho internacional y Sociedad de Naciones ».

integrarse en el orden internacional de la Sociedad de Naciones sin detrimento de su propia entidad constitucional no está en cambio tan a la vista, si en algo se le mira. Y es el episodio que interesa a la problemática del pluralismo necesario entre el derecho constitucional de Estado y el derecho internacional, hoy, de Naciones Unidas, ante las cuales se hace ahora viva precisamente la pluralidad jurídica de base <sup>(116)</sup>. He ahí en suma la pérdida de memoria de una experiencia histórica que no sólo afectara a España. Toda historiografía forma o, más habitualmente, deforma memoria histórica.

En sí, la historia de encuentros y desencuentros entre Sociedad de Naciones y República de España fue tan humanamente dramática como jurídicamente baldía. Por sí, en relación al derecho, nos enseña poco. Al contemplarla desde la problemática de la dualidad generada entre orden constitucional y orden internacional nos ha facilitado el acceso al pluralismo jurídico que desde luego abundaba sin necesitar de una doctrina que lo identificase y debatiese como tal. No todo el derecho está a la vista de los juristas. Si seguimos dependiendo de ellos, se nos seguirá escapando bastante. La jurisprudencia doctrinal es útil cuando se conocen sus condicionamientos y limitaciones. Así es como es precioso su testimonio. Lograda de este modo perspectiva, Rafael Altamira nos ha acompañado con la torpe visión de su cultura de Imperio. Es en todo caso con la doctrina de entonces, y no con la nuestra, como debemos operar. Otra cosa reproduce la consabida historiografía retrospectiva, anacrónica, teleológica, extrapoladora, distópica y complaciente, serie de rasgos bien característica de las usuales historiografías tanto constitucional como de derecho internacional, particularmente de las producidas por constitucionalistas y iusinternacionalistas <sup>(117)</sup>.

## 7. *Monismo estatal y pluralismo imperial.*

Que el Estado sea el impedimento primordial del pluralismo

---

<sup>(116)</sup> Baste un testimonio: *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, eds. Stephen Allen, Alexandra Xanthaki, Oxford, Hart, 2011.

<sup>(117)</sup> B. CLAVERO, *Velo de ignorancia e historia constitucional*, a publicarse en el «Giornale di Storia Costituzionale», 41 (2021), 1; y la reflexión historiográfica a finales del apartado anterior.

jurídico y su percepción significa que lo es, en su caso, la Constitución. Puede aún resultarlo incluso cuando se abre a órdenes exteriores y a autonomías internas en la medida en que siga reservándose, como le parece propio, la autoridad última igual que la primera <sup>(118)</sup>. La integración pluralista y descentrada de derecho internacional, derecho constitucional y derecho comunitario sigue pendiente incluso cuando en sectores donde llegan a compartirse principios tanto de libertad civil y social como de autonomía cultural y política. Realmente, nos encontramos entre graves desafíos y gravísimos conflictos por tracto todavía imperial y estatal. El caso iraquí es siempre ilustrativo <sup>(119)</sup>. El interimperialismo pervive transmutado <sup>(120)</sup>. Todo ello interesa por supuesto, peor que mejor, a una historiografía constitucional que no parece capaz de descentrarse y pluralizarse si no es en la dirección de colacionar y comparar ordenamientos de Estado, multiplicándose sin por ello pluralizarse. Se le hace arduo considerar sujetos de libertad y autonomía que no constituyan Estados o que no se les subordinen por definición. El monismo estatal sigue primando aunque hoy ciertamente más en el ámbito de la doctrina que en el del ordenamiento o, mejor dicho,

---

<sup>(118)</sup> Para la tensión extrema entre polos por la resistencia del Estado actualmente en España, B. CLAVERO, *Constitución a la deriva. Imprudencia de la justicia y otros desafueros*, Barcelona, Pasado y Presente, 2019, parte I: «Imprudencia de la justicia», y parte II, cap. 5: «Después de Gürtel: Tratados contra la corrupción y principio de legalidad».

<sup>(119)</sup> «Monthly Review», 55 (2003), 3, *Imperialism Now*; Harry MAGDOFF, *Imperialism without colonies* (1965 a 1978), New York, Monthly Review Press, 2003; David HARVEY, *The New Imperialism* (2003), ed. ampliada, Oxford, OUP, 2005; James T. GATHI, *Dispossession through International Law: Iraq in Historical and Comparative Context*, en *Decolonizing International Relations*, ed. Branwen G. Jones, Lanham, Rowman and Littlefield, 2006, cap. 6; Keith WATENPAUGH, *The Guiding Principles and the U.S. 'Mandate' for Iraq: Twentieth Century Colonialism and America's New Empire*, en *The Logo Reader. Rational Radicalism and the Future of Politics*, eds. Stephen E. Bronner, Michael J. Thompson, Lexington, University Press of Kentucky, 2006, parte 5, *Iraq Imperialism and Invasion*, cap. 1. Dando por desahuciado el imperialismo tras la Gran Guerra, DODGE, *Inventing Iraq*, cit.

<sup>(120)</sup> Como introducción de actualidad, Richard PEET, *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*, Londres, Zed, 2003. Para matriz intelectual que comenzara a gestarse desde vísperas y en tiempos de la Sociedad de Naciones, MOREFIELD, *Empires without Imperialism*, cit.; Quinn SLOBODIAN, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, Mass., HUP, 2018.

que en el de los ordenamientos en puja ya por encima, ya por debajo, ya al margen de los Estados.

¿Y qué decir del pluralismo jurídico, en especial del de carácter doctrinal que, como juristas, nos cabe? Bienvenido sea el que venga a exponer y fortalecer, reconocer y potenciar, el subsistente de hecho, un empeño que puede también intentar cubrirse, con sus propios problemas, bajo otros apelativos <sup>(121)</sup>. Los hay que puede cumplir funciones diversas y hasta contrarias. En los orígenes de la identificación académica y elaboración doctrinal del pluralismo jurídico prevalece la función colonialista de acomodar ordenamientos indígenas reducidos a derecho consuetudinario con vistas además a una poscolonialidad en la que el Imperio pudiera retener sectores normativos como el mercantil y el político. El pluralismo doctrinal aflora cuando el control del Imperio peligra. Cuando empieza a quebrarse el colonialismo directo, se trata de que los nuevos Estados no heredasen el poder sobre el derecho de los viejos Imperios. Así advino un pluralismo que, en busca ahora de evidencias, vino a situarse en el ámbito aparentemente neutral de la etnografía descriptiva <sup>(122)</sup>. La malvenida sería entonces lo proce-

---

<sup>(121)</sup> Para ilustración de otra terminología relativamente más comprometida, lidiando con asuntos sustanciales como la vinculación de ciudadanía a Estado y la limitación de la categoría de minoría, Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon, 1995; *Citizenship in Diverse Societies*, eds. el mismo Kymlicka, W. Norman, Oxford, OUP, 2000. Para crítica a mi juicio pertinente, Richard SPAULDING, *Peoples as National Minorities: A review of Will Kymlicka's arguments for aboriginal rights from a self-determination perspective*, en «The University of Toronto Law Review», 47 (1997), 1, pp. 35-113; Dale TURNER, *Liberalism's Last Stand: Aboriginal Sovereignty and Minority Rights*, en *Aboriginal Rights and Self-Government: The Canadian and Mexican Experience in North American Perspective*, ed. Curtis Cook y Juan D. Lindau, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2000, cap. 5.

<sup>(122)</sup> El caso más claro de invención significativa del pluralismo jurídico como cobertura legitimadora de colonialismo posimperial, con la urgencia en especial de casos como el del Congo exbelga y el de la Argelia exfrancesa, es el de *Le pluralisme juridique*, ed. John Gilissen, Bruselas, Université de Bruxelles, 1971, y Jacques VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruselas, Bruylant, 2013. El primero contiene los materiales de un congreso que no había podido celebrarse en Francia por la movida del mayo de 1968. Construcción previa, con otro lenguaje, de este pluralismo jurídico colonial se encierra significativamente en SMUTS, *The League of Nations*, cit. (hay reprint, Forgotten Books, 2017).

dente. Mas existe también una antropología que no sólo se ocupa del pluralismo dado en condiciones persistentemente imperiales, sino también y sobre todo del aún pendiente desde la perspectiva y para el empoderamiento de pueblos sometidos, marginados o invisibilizados abriéndose espacio a su voz sin mediaciones pese a la vocación ventrilocua de la propia disciplina antropológica. Es el terreno donde, con las debidas precauciones, debiéramos situarnos <sup>(123)</sup>.

El pluralismo jurídico inicialmente se teoriza cosechando éxito para formalizar el colonialismo y facilitar su reproducción ante el declive del imperialismo abierto. Ahí, en un contexto persistentemente imperial de fondo, es donde se fraguara un primer acople significativo de los pluralismos jurídicos *de hecho*, *de derecho* y *de doctrina*. La cuestión no es la de que viniera a percibirse el fenómeno cual si se tratase de una novedad, sino la de carácter previo y más sustantivo de cómo no se apreciaba su alcance con anterioridad; la de cómo vino en algún momento a contemplársele y postularsele; la de que, en suma, cómo no hubo una doctrina pluralista del derecho, bajo uno u otro nombre, a la altura del complejo pluralismo bien a la vista con el despliegue imperial <sup>(124)</sup>. Sea dicho todo esto con las debidas excepciones de contexto en cualquier caso colonial lastrando siempre la articulación de ordenamientos comenzando por el llamado internacional <sup>(125)</sup>. Con todo ello, este derecho, un derecho

---

<sup>(123)</sup> Desigualmente, no sin contaminación de colonialismo, pueden también orientar M.G. SMITH, *Some developments in the analytic framework of legal pluralism*, en *Pluralism in Africa*, ed. Leo Kuper y el mismo Smith, Berkeley, University of California Press, 1969, apartado primero de las conclusiones; M.B. HOOKER, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Clarendon, 1975; Ido SHAHAR, *Legal Pluralism Incarnate: An Institutional Perspective on Courts of Law in Colonial and Postcolonial Settings*, en « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 44 (2012), 65, pp. 133-163; *Pluralism, Transnationalism and Culture in Asian Law. A Book in Honour of M.B. Hooker*, ed. Gary F. Bell, Singapur, ISEAS, 2017. Dicha revista sobre *legal pluralism* había comenzado a editarse en 1969, pero no ofreciendo trabajos de reflexión sobre la categoría hasta los años ochenta.

<sup>(124)</sup> OSTERHAMMEL, *Die Verwandlung der Welt*, cit., cap. 18, ep. 3: « Religion und Imperium » entra en materia con la cuestión del pluralismo religioso, sin que sintomáticamente, en obra tan comprensiva, haya algo equivalente en relación al derecho.

<sup>(125)</sup> MOREFIELD, *Empires without Imperialism*, cit., resalta, para las primeras décadas del siglo XX, los casos de planteamiento jurídico pluralista de función no

inter y supraestatal, sigue recalcitrantemente figurándose y reproduciéndose por una historiografía y por una doctrina que no acaban de hacerse cargo de su entidad constitutivamente colonialista <sup>(126)</sup>.

Tal factor histórico del pluralismo jurídico sigue siendo por lo general un punto ciego, por mucho que se arrastre otra impresión, en las teorías y doctrinas de su espacio cultural, el nuestro de raigambre imperial al cabo. La hipoteca monista de signo estatalista sigue gravando incluso proyectos de apertura de miras de la historiografía hacia un panorama pluralista que como comienza es por postergar el peso del imperialismo de todo tipo, del más formal o directo al más informal o indirecto. Durante tiempos de Imperio, los amagos de pluralismo más paladino de parte de la doctrina jurídica se sitúa en una coyuntura que puede potenciar el poder del Estado imperial sobre el derecho todo. Ante la perspectiva de la descolonización, el pluralismo doctrinal vino precisamente a lo contrario. Acudía al intento de coartar el poder de los nuevos Estados sobre el derecho. Por ello se reivindica el derecho consuetudinario, sobre todo el mercantil transfronterizo con las políticas coloniales y pos-coloniales de puertas abiertas. El derecho internacional contribuye a

---

colonialista de G.D.H. Cole y Harold Laski. Añádase Peter LAMB, *Harold Laski: Problems of Democracy, the Sovereign State, and International Society*, New York, Palgrave Macmillan, 2004, cap 6: « Problems of International Politics: The Inter-War Era »; *Pluralist Theory of the State: Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, ed. Paul Q. Hirst, Londres, Routledge, 2005; Leonie HOLTHAUS, *Pluralist Democracy in International Relations: L.T. Hobhouse, G.D.H. Cole y David Mitrany*, Heidelberg, Springer, 2018.

<sup>(126)</sup> Diagnosticando la antijuridicidad intrínseca de las pretensiones del derecho internacional dominante en su dimensión colonial con la cuestión consiguiente de las responsabilidades no saldadas, M. VAN DER LINDEN, *The Acquisition of Africa*, cit., p. 7: « Although there is a wealth of academic literature on the history of international, little of it engages the legal dimensions and implications of colonialism », dimensiones e implicaciones estrictamente jurídicas, destacando acto seguido como excepción el movimiento conocido como TWAIL (*Third World Approaches on International Law*): A. ANGHIE, *On Critique and the Other*, en *International Law and its Others*, ed. A. Orford, Cambridge, CUP, 2006, cap. 14; Ignacio de la RASILLA, *International Law and History: Modern Interfaces*, Cambridge, CUP, 2021, cap. 4. De VAN DER LINDEN, *The Acquisition of Africa*, hay una primera edición online, en el repositorio de la Universidad de Tilburg.

fondo. De raíz, colonialismo mediante, monismo estatal y pluralismo imperial resultaban fenómenos complementarios <sup>(127)</sup>.

¿Se quiere alguna conclusión? Por ahí anda. Durante aquellos tiempos de la Sociedad de Naciones, entre monismo estatal y pluralismo imperial, comienza por ocurrir que esto segundo era de hecho de tal envergadura y tamaño problemática que las doctrinas pluralistas metropolitanas asomando torpemente por entonces entre los manes y los lares de los Imperios, desde los mayores como el británico hasta los menores como el español, resultan para la humanidad sometida o discapacada por el colonialismo, ya con sólo ignorarse su derecho prioritario en tierra propia, poco menos que una burla ofensiva. Y la ofensa no es teórica y remota, sino práctica y tangible. Ahí está precisamente para testimoniarlo la misma funcionalidad colonial operativa de la Sociedad de Naciones. El propio derecho internacional que la misma produce representa una forma de prosecución de dominios imperiales. Y ahí, en la negación del derecho propio de las gentes colonizadas, está el límite infranqueable de los pluralismos de aquel cercano antaño. Hoy no se trata tanto de otra historia como de otro escenario <sup>(128)</sup>. Ya sin imperialismo directo y formal, el pluralismo jurídico de hecho está ahí más allá y en un mayor pie de desigualdad de lo que somos capaces de percibir sus alevines y de lo que está en condiciones de manejar un derecho internacional; aún menos, el estatal.

---

<sup>(127)</sup> B. CLAVERO, *Derechos de otras gentes entre genocidio y constitucionalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019. Respecto a la historiografía y la doctrina constitucionales no se hace aún presente ni siquiera algo parangonable al TWAIL, algunos sectores que al menos asumieran la función colonial, con las responsabilidades subsiguientes, de la cultura y la práctica constitucionalistas imperantes. Sólo por centrarse en el Estado, sea también el descolonizado, siguen imperando los *First World Approaches on Constitutional Law* para los mundos reales y virtuales, logrados y fallidos, esperanzadores y deprimentes.

<sup>(128)</sup> Últimamente, bien anclado en el actual desarrollo de la respetiva historiografía de presente, *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, eds. Jochen von Bernstorff, Philipp Dann, Oxford, OUP, 2019.



GIANLUCA BASCHERINI

UN PLURALISMO A DUE TEMPI.  
COLONIZZAZIONE E CRISI  
DELLO STATO LIBERALE IN ITALIA

1. Cenni introduttivi. — 2. Canone nazionale e canone coloniale. — 3. « Una necessità di politica interna da risolvere, deviandone la soluzione all'infinito ». Il colonialismo italiano da Assab ad Adua. — 4. La stabilizzazione del reggimento coloniale. « Meno scuola e più vita ». — 5. L'Italia in Libia. la guerra e il progetto coloniale giolittiano. — 6. La Libia in Italia. Le riforme del 1912 e la fine della stagione liberale.

1. *Cenni introduttivi.*

Nell'Italia repubblicana, a differenza di altri paesi, la colonizzazione e i saperi che la accompagnarono sono stati a lungo trascurati dagli studiosi. A quest'oblio hanno senz'altro contribuito le vicende che segnarono la fine del colonialismo patrio, e che determinarono un singolare impasto di continuità e discontinuità. La fine del fascismo ha assorbito la fine del colonialismo e le sue responsabilità, come se non ci fosse stato un colonialismo liberale, mentre la mancata epurazione e l'istituzione dell'Amministrazione fiduciaria italiana in Somalia hanno permesso una continuità dei corpi amministrativi e accademici nel passaggio dal fascismo alla Repubblica che non ha favorito lo sviluppo di una riflessione critica sull'esperienza coloniale e, anzi, ha alimentato persistenti stereotipi e retoriche autoassolutorie, riproducendo in versione aggiornata quelle stesse logiche di dominio e civilizzazione che caratterizzarono l'esperienza coloniale.

Solo negli ultimi lustri il colonialismo italiano e il diritto che per esso si elaborò hanno conquistato l'attenzione degli studiosi, che hanno evidenziato le numerose e reciproche contaminazioni che caratterizzarono quell'esperienza, la persistenza dei suoi lasciti e « gli effetti di retroazione » generati dalla « torsione coloniale degli

standard giuridici europei »<sup>(1)</sup>. Cionondimeno, e nonostante il rilievo e la qualità del contributo giuridico alla colonizzazione patria, quell'esperienza ha continuato a incontrare scarso interesse da parte della giuspubblicistica, anche in quella più aperta a uno studio storico del diritto e delle culture giuridiche<sup>(2)</sup>. Da questa prospettiva, uno studio critico dei nessi che intrecciarono le vicende coloniali alle dinamiche metropolitane e al coevo dibattito giuridico permette invece di guardare a quell'esperienza come ad una significativa cartina al tornasole delle tensioni istituzionali e sociali che caratterizzarono la vicenda statutaria, offrendo uno « strumento misuratore sensibilissimo della ambivalenza involutiva » del liberalismo patrio<sup>(3)</sup>, dal prologo risorgimentale all'epilogo fascista.

Tra Otto e Novecento, l'entità delle trasformazioni economico-sociali in atto mise in crisi concezioni e schemi del liberalismo<sup>(4)</sup>, e la rapidità di quei mutamenti costrinsero le scienze e la cultura a ripensare il fattore 'tempo' in quanto variabile decisiva per la comprensione, prima ancora che del passato, di un presente che rapidamente si dilatava: apriva nuovi spazi e si affollava di nuovi soggetti e interessi. Anche i giuristi furono sollecitati ad assumere la « variabile tempo del mutamento come dimensione fisiologica del sistema giuridico »<sup>(5)</sup>, a valutarne l'impatto sui concetti, i contenuti e i modi di produzione del diritto, e questo ripensamento del fattore

(1) Così P. COSTA, *Pagina introduttiva*, in questi «Quaderni», 33/34 (2004-2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*, p. 2.

(2) Su questo disinteresse della giuspubblicistica, sia permesso il rinvio a G. BASCHERINI, *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, Jovene, 2012 e ID., *Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul "Corso di diritto coloniale" di Santi Romano*, in «Giornale di storia costituzionale», I (2013), 25, p. 117 e ss.

(3) G. BOLLATI, *L'italiano. Il carattere nazionale come storia e invenzione*, Torino, Einaudi, 2011, p. 120, ma cfr. anche A. ASOR ROSA, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, IV, *Dall'Unità a oggi*, t. II, Torino, Einaudi, 1975, spec. p. 840 e ss. e U. CARPI, *Egemonia moderata e intellettuali nel Risorgimento*, in *Intellettuali e potere, Storia d'Italia, Annali*, IV, a cura di C. Vivanti, Torino, Einaudi, 1981, p. 431 e ss.

(4) Tra le molteplici ricostruzioni di tali dinamiche si vedano, almeno, S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), Milano, Giuffrè, 1969, p. 5 e ss. e G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo* (1925), Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 444 e ss.

(5) M. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 1007.

tempo acquistò particolare evidenza nelle varie teorizzazioni del pluralismo giuridico che maturarono in quegli stessi anni, e che opposero all'imperante formalismo un approccio empirico al fenomeno giuridico, basato sull'osservazione e l'individuazione dei concreti ordinamenti giuridici a partire dalle loro determinazioni materiali e sul richiamo alla 'socialità' del diritto: a quella mutua implicazione tra *ius* e *societas* su cui poggiava l'istituzionalismo romano<sup>(6)</sup> e che costituì il più compiuto tentativo della giuspubblicistica del tempo di rispondere al « problema della comprensione scientifica di un sistema politico-amministrativo pluralistico »<sup>(7)</sup>. Anche la vicenda e il diritto coloniale vennero integrati nei rinnovati orizzonti della cultura giuridica italiana sulla base del dipolo tempo-società. Tuttavia, il tempo con cui il diritto dovette fare i conti in colonia non era il 'non più' del territorio nazionale, dove le impalcature concettuali dello Stato liberale di diritto apparivano irreversibilmente messe in discussione da un pluralismo inedito, figlio della modernità. Il tempo imputato alle colonie era, invece, un 'non ancora': incastonato in una pre-modernità in cui non si era ancora manifestata quella civiltà iniziata in Europa con la stagione rivoluzionaria delle costituzioni e proseguita con quella borghese dei codici.

L'orizzonte coloniale poteva dunque inserirsi senza difficoltà nel ripensamento dei fenomeni giuridici allora in atto, a patto di trarre tutte le implicazioni ideologiche e giuridiche dello scarto di temporalità su cui poggiava la relazione coloniale. L'oltremare offrì, anzi, un rilevante ambito di sviluppo per quei « regimi speciali »<sup>(8)</sup> che segnarono il passaggio dallo Stato *di diritto* allo Stato *amministrativo* che maturò tra la stagione crispina e la Prima guerra mondiale, e che puntava a conservare il monopolio statale del giuridico rifondandolo sulla preminenza dello Stato-persona, così da

---

(6) Si v., ad es., S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, I ed., Pisa, Spoerri, 1918, p. 26.

(7) S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in questi « Quaderni », 1 (1972), p. 245.

(8) M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 29.

riassorbire un pluralismo dinamico e conflittuale che, invece, metteva in discussione da più parti quella assoluta statualità. Nella metropoli, i timori di una ‘invasione’ dello Stato da parte della politica consegnarono a un’amministrazione accresciuta, rinnovata nei suoi apparati e dotata di più ampia autonomia rispetto al passato, la funzione di mediazione tra lo Stato e la pluralità di nuovi soggetti e interessi, e di neutralizzazione dei relativi conflitti. In colonia, invece, la pre-modernità imputata al contesto restituiva l’esercizio della legislazione e della giurisdizione nelle mani dell’Esecutivo, in quanto « nucleo primordiale del potere pubblico statale »<sup>(9)</sup>, mentre l’esigenza di mediazione con i soggetti e gli interessi locali veniva rimossa riportando il rapporto metropoli/colonia ai moduli di un ‘dominio’ sovrano di matrice patrimoniale.

## 2. *Canone nazionale e canone coloniale.*

Il colonialismo italiano si organizzò a partire da una trama di discorsi e di pratiche di varia provenienza e in cui si mescolavano componenti diverse: alcune ampiamente circolanti anche in altre analoghe esperienze, altre invece più specificamente caratterizzanti il progetto coloniale patrio.

Nell’Europa del secondo Ottocento, il tema delle differenze razziali dette corpo ad « una precisa antropologia politica », secondo un paradigma evolucionistico allora dominante nelle scienze naturali e sociali, portatrici a loro volta di variegate teorie della razza su cui poggiarono tanto il discorso della cittadinanza quanto la nuova stagione del colonialismo<sup>(10)</sup>. Se ogni vicenda coloniale fu dunque razzista a modo suo, nel caso italiano il crinale della razza ha costituito a lungo oggetto di interpretazioni fortemente riduttive, orientate a confinare il problema nel recinto della stagione imperial-fascista. La razza, invece, fu al centro del discorso coloniale patrio

---

<sup>(9)</sup> Cfr. *ivi*, p. 34.

<sup>(10)</sup> Cfr. ad es. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 405 e ss. (p. 406 per la cit.); A. BURGIO, G. GABRIELLI, *Il razzismo*, Roma, Ediesse, 2012, spec. p. 131 e ss.; G. RUOCCO, *Razze in teoria. La scienza politica di Gaetano Mosca nel discorso pubblico dell’Ottocento*, Macerata, Quodlibet, 2017, p. 119 e ss.

fin dalle sue origini, connotando già la concezione ‘umanitaria’ e ‘commerciale’ del colonialismo manciniano, per il quale la razza precedeva e fondava la nazione, ritornò nei diffusi richiami alla romanità ai tempi della Libia giolittiana e, infine, improntò la svolta imperiale della metà degli anni Trenta, quando si affermò quella istituzionalizzazione del razzismo che caratterizzò peculiarmente il colonialismo fascista. Peraltro, a partire dal 1848, si era consolidata una immagine fratta del Paese, diviso tra un Nord moderno e agganciato all’Europa e un Sud arretrato, nelle cui rappresentazioni si moltiplicavano i richiami all’Africa e le analogie coloniali <sup>(11)</sup>. Nel corso dell’unificazione, questa narrazione ‘orientalista’ si era rivelata funzionale a uno *State-building* proceduto per annessioni, e a rafforzare l’idea che solo un intervento esterno avrebbe potuto mutare quella situazione e riavvicinare il neo-Stato unitario alla modernità europea. Vent’anni dopo, quegli squilibri vennero invocati per legittimare la partecipazione italiana alla « corsa all’Africa », in cerca di spazi in cui proiettare i conflitti che quegli stessi squilibri avevano generato.

Nell’esperienza coloniale italiana, dunque, il tema della razza non si legò solo alle diffuse retoriche civilizzatrici della colonizzazione, ma si trovò in costante relazione dialettica con una vocazione demografica specificamente caratterizzante il colonialismo patrio e che coagulò attorno alle campagne africane ampi consensi anche in campi, come quello socialista, tradizionalmente avversi all’espansione coloniale. Questo « carattere marcatamente populistico » <sup>(12)</sup> del colonialismo italiano, se acquistò particolare evidenza ai tempi della Libia giolittiana, circolava già ampiamente nelle prime fasi dell’espansione in Africa orientale <sup>(13)</sup> e puntava a incanalare una

---

<sup>(11)</sup> Cfr. ad es. M. NANI, *Ai confini della nazione. Stampa e razzismo nell’Italia di fine Ottocento*, Roma, Carocci, 2006, p. 97 e ss.; C. DUGGAN, *La forza del destino. Storia d’Italia dal 1796 a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 257 e ss.; C. CONELLI, *Razza, colonialità, nazione. Il progetto coloniale italiano tra Mezzogiorno e Africa*, in *Quel che resta dell’impero. La cultura coloniale degli italiani*, a cura di V. Deplano e A. Pes, Milano-Udine, Mimesis, 2014, p. 149 e ss.

<sup>(12)</sup> E. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, in *Storia d’Italia*, vol. IV: *Dall’Unità a oggi*, t. III, Torino, Einaudi, 1976, p. 95.

<sup>(13)</sup> V. ad es. M. MAZZA, *L’amministrazione della giustizia nella Colonia Eritrea*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p. 189 e ss.

emigrazione sempre più ingente verso territori sotto il controllo dello Stato, evitando così una ‘snazionalizzazione’ di quelle masse di emigrati reputata dannosa per le aspirazioni di potenza dell’Italia umbertina. L’impero fascista cortocircuitò i temi della razza e dell’emigrazione, esasperandoli in un progetto di colonizzazione ‘autarchico’, basato sul dominio di una razza destinata all’espansione, prima, dalla storia (Roma) e, poi, da una pressione migratoria narrata non più come un problema, ma quale fattore di esuberanza demografica. Ostentazione nel campo delle relazioni internazionali di quel priapismo di regime ferocemente raccontato già da Carlo Emilio Gadda e da Vitaliano Brancati, e che nascondeva in realtà una somma di impotenze: la fragilità e l’incompletezza dello Stato, che si era posto a chiave di volta della vicenda costituzionale nazionale; la pochezza etica, culturale e politica delle dirigenze che l’avevano governato; gli squilibri sociali, economici e territoriali mai veramente affrontati.

A connotare il progetto coloniale dell’Italia statutaria, oltre ai nessi tra colonizzazione ed emigrazione, contribuì il particolare ruolo che in esso si attribuì al diritto, confermando da una prospettiva ‘periferica’ quella duplice «supplenza» che ad esso s’intestò nell’esperienza statutaria, chiedendogli di rispondere alle questioni lasciate irrisolte dall’unificazione e, al contempo, di garantire la continuità del nuovo Stato<sup>(14)</sup>. Questa supplenza, variamente indagata con riguardo alla vicenda metropolitana<sup>(15)</sup>, trovò, tuttavia, negli spazi coloniali, più che una mera conferma. A differenza di altre colonizzazioni, quella italiana non si limitò ad affidare al diritto

---

<sup>(14)</sup> L. MANGONI, *Giustizia e politica. Il diritto come supplenza*, in *Stato e cultura giuridica*, cit., p. 303 e ss.

<sup>(15)</sup> Oltre allo scritto di Mangoni *supra cit.*, v. es. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, cit., p. 39 e ss. e P. COSTA, *La giuspubblicistica dell’Italia unita: il paradigma disciplinare*, anche questo contenuto nel volume *Stato e cultura giuridica*, cit., p. 89 e ss., ma si vedano anche, tra gli altri, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, spec. pp. 28 e ss., 67 e ss. e 109 e ss.; P. RIDOLA, *Sulla fondazione teorica della «dottrina dello Stato»* (2003), ora in *Id.*, *Esperienza costituzioni storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli, Jovene, 2019, p. 207 e ss.; G. AZZARITI, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato*, in «Democrazia e diritto», 2011, 1-2, *Le culture giuridiche dell’Italia unita*, p. 117 e ss.

un ruolo centrale nella conquista e nel dominio dei territori occupati. Per i favorevoli come per i contrari, infatti, la colonizzazione italiana si proponeva come una colonizzazione eminentemente giuridica <sup>(16)</sup>: la ‘civiltà’ che l’Italia avrebbe esportato in colonia era quella civiltà del diritto lascito della tradizione classica e di cui l’italiano, inteso come razza prima che come nazione, si riteneva naturale erede e portatore <sup>(17)</sup>. Il colonialismo, in questa chiave, aprì ai giuristi spazi di ‘realtà aumentata’: elaborazioni di costruzioni ordinamentali sulla base di informazioni che lo stesso diritto contribuiva a manipolare e che costituirono rilevanti banchi di prova degli assetti istituzionali che sperimentò l’Italia tardo-liberale e fascista.

I tornanti del colonialismo italiano — l’Eritrea crispinga, la Libia giolittiana, l’impero fascista — coincisero con le ‘dittature’, parlamentari e non, che scandirono la vicenda statutaria <sup>(18)</sup> e che costituirono importanti fasi di crescita e affermazione dell’Esecutivo. Le colonie furono luoghi d’elezione per riformatori antidemocratici e pluralisti illiberali; in esse si manifestarono i tratti più autoritari del liberalismo italiano e di quella teorica dello ‘Stato amministrativo’ che costituì un rilevante fattore di continuità tra la stagione liberale e quella fascista. Gli spazi ultramarini si proposero, in questa chiave, quali laboratori del mutamento degli equilibri istituzionali e di garanzia con cui un parlamentarismo incompiuto e imperfetto reagiva alle crisi, fornendo risposte antidemocratiche, quando non autoritarie, alle istanze dei molteplici pluralismi che si manifestarono tra Otto e Novecento. E, ogni volta, la politica coloniale incarnò lo

---

<sup>(16)</sup> Nel dibattito parlamentare che accompagnò la spedizione di Massaua, tra gli oppositori all’impegno coloniale italiano, G. Bovio sostenne che « è tempo di dirlo, il popolo colonizzatore per eccellenza, il popolo che stabilì, primo, il giure coloniale e la politica coloniale, fu il popolo giuridico e politico, il popolo romano. [...] Colonizzando fu dominatore del mondo, e non con la violenza lo dominò, ma con la forza in servizio del giure e della politica coloniale, in cui fece consistere la grandezza e la longevità del dominio ». *Atti parlamentari*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati (di seguito A.P.), 1885, XV legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 17 marzo 1885, p. 12920.

<sup>(17)</sup> Cfr. anche O. DE NAPOLI, *Tra progresso del diritto e turn to empire. Il percorso dei giuristi italiani di fronte al colonialismo da Mancini all’età giolittiana*, in « Italia contemporanea », 2014, p. 30.

<sup>(18)</sup> Il riferimento è a G. MARANINI, *Storia del potere in Italia* (con nota di S. Tosi alla nuova edizione), Firenze, Nuova Guaraldi Editrice, 1983, pp. 195, 237 e *passim*.

stesso « sogno di una possibile ‘scorciatoia’ italiana verso le mete della modernità senza pagare il prezzo di trasformazioni interne »<sup>(19)</sup>, nel tentativo di spostare oltremare la problematica del ritardo dal terreno delle libertà e dell’allargamento della partecipazione a quello « delle risorse materiali da censire e del capitale umano da accumulare »<sup>(20)</sup>. Il colonialismo patrio affondò le sue radici negli irrisolti dell’unificazione e nel mutamento di paradigma che conobbe il diritto internazionale a fine Ottocento, dando corpo a un tentativo di espansione territoriale che riportasse il Paese al rango di potenza e dove trasferire, almeno in parte, i fallimenti e le carenze dello Stato unitario.

Nel caso italiano, peraltro, la vicinanza temporale tra unificazione e colonizzazione acuiva il contrasto tra l’idea di indipendenza nazionale su cui poggiò la costruzione del nuovo Stato e il nazionalismo di potenza a fondamento della colonizzazione tardo ottocentesca<sup>(21)</sup>. Si sviluppò in età risorgimentale una « mitologia nazionale » che concorse ad alimentare l’idea di una ‘predestinazione all’espansione’ che faceva appello alla collocazione geografica, alle « civiltà universali » e ai « grandi movimenti spirituali e culturali »<sup>(22)</sup> che dalla penisola si erano poi diffusi in Europa, nello spazio mediterraneo e oltre. Questo « canone risorgimentale »<sup>(23)</sup>, lungi dal guardare ai *deficit* storici della vicenda italiana, faceva riferimento, piuttosto, a una serie di ‘miti’ storiografici attorno a un *quid pluris* nazionale<sup>(24)</sup>. Il giobertiano ‘primato morale e civile

---

<sup>(19)</sup> BOLLATI, *L’italiano*, cit., p. 120.

<sup>(20)</sup> I. PORCIANI, *Attilio Brunialti e la « Biblioteca di Scienze Politiche »*. Per una ricerca su intellettuali e Stato dal trasformismo all’età giolittiana, in *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, p. 210.

<sup>(21)</sup> V. ad es. E. CATELLANI, *Le colonie e la Conferenza di Berlino*, Torino, Utet, 1885, p. 452, secondo il quale per l’Italia sussisteva una sorta di « impossibilità morale » alla colonizzazione.

<sup>(22)</sup> E. GENTILE, *La grande Italia. Il mito della nazione nel XX secolo*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 43.

<sup>(23)</sup> A.M. BANTI, *La nazione del Risorgimento. Parentela, santità e onore alle origini dell’Italia unita*, Torino, Einaudi, 2000, p. 3.

<sup>(24)</sup> Per F. BENIGNO, E. IGOR MINEO, *Introduzione. Discutere il canone nazionale*, in *L’Italia come storia. Primato, decadenza, eccezione*, a cura di F. Benigno ed E. Igor Mineo, Roma, Viella, 2020, p. 17 e s., il canone storiografico nazionale poggerrebbe su un

degli italiani', che aveva dato « i germi dell'incivilimento » alle nazioni moderne e dimostrato la capacità della nazione italiana di « risorgere continuamente » e di farsi « creatrice e redentrica dei popoli » (25). La mazziniana 'terza Roma', a cui Dio e la Storia avrebbero assegnato una missione che andava oltre l'ambito nazionale, innanzitutto in direzione mediterranea (26). Un altro mitomotore di primo piano per il Risorgimento e l'Unità fu l'idea manciniana di 'nazione'. Implicitamente consonante con la visione mazziniana (27) e oggetto della celebre prolusione torinese del 1851, in cui la « conquista » coloniale era ritenuta un « abuso della Forza » (28), la nazione di Mancini si fondava su razza e famiglia e, nella sua « successione narrativa e logica », questa « appartenenza ascrivibile » precedeva la « coscienza di tale appartenenza »: « prima il nucleo etnico, poi l'esercizio di una volontà » (29).

3. « *Una necessità di politica interna da risolvere, deviandone la soluzione all'infinito* ». *Il colonialismo italiano da Assab ad Adua*.

Trent'anni dopo, da Ministro degli esteri nei governi Depretis dei primi anni Ottanta, fu proprio Mancini a dare avvio alla penetrazione italiana in Africa orientale, pur continuando a condannare la 'conquista' in quanto retaggio di « antiche colonizzazioni [che] stabilivano una *relazione* [...] di *conquista*, di *padronanza*, di *soggezione* » e su cui « si è scagliato l'anatema della scienza ». Per Mancini, la colonizzazione tardo ottocentesca « ha un carattere interamente di-

---

« paradigma [...] dell'eccezionalismo italiano, che tiene assieme, come due facce della stessa medaglia, discorsi sul primato e discorsi sul ritardo o sulla decadenza, con l'avvertenza che questi ultimi si sono rivelati più resistenti e influenti dei primi ».

(25) GENTILE, *La grande Italia*, cit., p. 44.

(26) Cfr. G. BELARDELLI, *Mazzini*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 148 e s., per il quale quella Roma mazziniana avrebbe alimentato in seguito « una sorta di bovarismo nazionale, [...] un insieme di aspirazioni di grandezza e di sogni di gloria senza rapporto con la realtà del paese ».

(27) Si v. a riguardo L. NUZZO, *Da Mazzini a Mancini: il principio di nazionalità tra politica e diritto*, in « Giornale di storia costituzionale », II (2007), 14, p. 161 e ss.

(28) P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Torino, Tipografia eredi Botta, 1851, p. 52.

(29) BANTI, *La nazione del Risorgimento*, cit., p. 162.

verso », una natura ‘mite’, e l’Italia non poteva non associarsi alla « impresa comune e solidale » di « incivilimento »: a quella « missione educatrice » che instaurava tra colonizzatore e colonizzato un rapporto giuridico « tanto legittimo nella società internazionale, quanto è legittimo nel *diritto privato* quel rapporto che chiamasi di *tutela* [...] degli incapaci per età, ovvero per debolezza di mente »; un « rapporto di *protezione* [...] fra i popoli avanzati nella civiltà, e quelli i quali hanno bisogno di esservi condotti » che « prepara, manoduce al possesso della indipendenza e dell’eguaglianza il popolo che manca ancora dei benefizi della civiltà ». Nel caso italiano, per Mancini, questa relazione, per quanto « *temporanea* e destinata a cessare »<sup>(30)</sup>, avrebbe condotto a un assorbimento dei quadranti coloniali nel territorio del Regno e reso i loro abitanti dei « nuovi cittadini »<sup>(31)</sup>. Il ministro rimarcava l’incapacità dei popoli colonizzati a esprimere una ‘nazione’ e, dunque, a partecipare di quella eguaglianza e indipendenza tra comunità nazionali che il giurista aveva disegnato trent’anni prima con riguardo all’Europa; quei popoli erano colonizzabili perché non erano nazioni, ma « tribù quasi selvagge e semi-barbare senza leggi e forme di politico reggimento »<sup>(32)</sup>. Peraltro, se la ‘tutela civilizzatrice’ permetteva a Mancini di conciliare teoricamente nazionalità e colonialismo<sup>(33)</sup>, già nei suoi interventi non mancavano richiami ai nesi che nel caso italiano legavano la scelta coloniale alle questioni migratorie<sup>(34)</sup>.

La politica coloniale manciniana ebbe vita assai breve, esau-

---

<sup>(30)</sup> A.P., 1896, XVI legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 30 giugno 1887, p. 4295.

<sup>(31)</sup> A.P., 1882, XIV legislatura, I sessione, Discussioni, II Tornata del 26 giugno 1882, p. 12188 e *infra*.

<sup>(32)</sup> Ivi, p. 12189.

<sup>(33)</sup> Si v. a riguardo G. CAZZETTA, *Patria senza territorio? Emigrazione e retorica dello Stato-nazione*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. III, *I multiformi profili del pensiero giuridico*, Napoli, Jovene, 2014, p. 149 e ss. e L. NUZZO, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt, Klostermann, 2012, p. 97 e ss.

<sup>(34)</sup> « O signori, sarà più vantaggioso che questa emigrazione si disperda sulla faccia del globo; che vada a caso in lontane ed ignote regioni, [o] che non vi sieno paesi [...] dove il suo lavoro possa essere con certa e propizia utilità esercitato, e dove sventoli la bandiera nazionale [...]? ». A.P., 1885, XV legislatura, I sessione, Discussioni, I Tornata del 27 gennaio 1885, p. 11067.

rendosi nel lustro tra l'acquisto di Assab e la disfatta di Dogali, che segnò il passaggio alla fase militare della colonizzazione e contribuì all'ascesa crispina<sup>(35)</sup>. La prospettiva manciniana di una colonizzazione commerciale, senza conquista, tesa a integrare popoli e territori colonizzati nell'ordinamento metropolitano, mal si conciliava con le montanti aspirazioni nazionalistiche e di potenza, che esaltavano invece la natura bellica e dominatrice del rapporto coloniale e la differenziazione territoriale e personale tra Stato e colonia<sup>(36)</sup>. Intesa, invece, come un 'canone discorsivo', come un insieme di argomenti che alimentarono opzioni politiche e culturali, l'idea manciniana di colonia merita attenzione al di là del suo valore inaugurale e di fase, poiché in essa già erano presenti quei temi della razza, della nazione e della classe attorno cui si dipanarono saperi e pratiche del successivo colonialismo italiano e del diritto che lo legittimò ed organizzò.

Tra i costituzionalisti, la costellazione di temi finora richiamati si ritrovava, allora, nella riflessione di Attilio Brunialti<sup>(37)</sup>. Anche Brunialti prefigurava una colonizzazione che considerava i « coloni »

---

<sup>(35)</sup> Dopo l'occupazione di Massaua, la politica coloniale di Depretis e Mancini iniziò ad essere aspramente criticata da Crispi e da una opinione pubblica improvvisamente accesi fautori di una più decisa espansione italiana in Africa, che imputavano al Governo una eccessiva moderazione e subalternità agli interessi inglesi e che indussero Depretis a licenziare Mancini e ad assumere l'*interim* degli Esteri. Cfr. ad es. G. PESCOSOLIDO, *Opinione pubblica e colonie: la stampa italiana e l'occupazione di Massaua*, in *Alla ricerca delle colonie (1876-1896)*, a cura di P.L. Ballini e P. Pecorari, Venezia, Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, 2007, p. 275 e ss. e A. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale. I, Dall'Unità alla marcia su Roma*, Milano, A. Mondadori, 1992, p. 245 e ss.

<sup>(36)</sup> Nel dibattito parlamentare sul R.d.I. n. 6592/1890, che avviava la 'civiltà' dell'amministrazione eritrea, a chi nella discussione sul trattato di Uccielli invocava l'art. 5 dello Statuto, Crispi rispondeva: « Sono le colonie territorio dello Stato? Niente affatto, sono dipendenze dello Stato, non ne fanno parte integrante, non sono nello Stato, ma sotto il dominio dello Stato ». *A.P.*, 1890, XVI legislatura, IV sessione, Discussioni, Tornata del 5 marzo 1890, p. 1563. Per una ricostruzione di tale dibattito, si v. I. ROSONI, *La Colonia Eritrea. La prima amministrazione coloniale italiana*, Macerata, Eum, 2006, p. 148 e s. Sul colonialismo crispino, cfr. C. DUGGAN, *La politica coloniale di Crispi*, in *Alla ricerca delle colonie*, cit., p. 43 e ss.

<sup>(37)</sup> Per una più distesa analisi della riflessione coloniale di Brunialti, si v. G. CAZZETTA, *Predestinazione geografica e colonie degli europei. Il contributo di Attilio Brunialti*, in questi « Quaderni », 33/34 (2004-2005), p. 115 e ss.

come « cittadini » e i territori occupati « non [...] come una proprietà », ma come « una parte dello Stato »<sup>(38)</sup>, proponendo una 'via italiana' alla colonizzazione quale prosecuzione delle aspirazioni risorgimentali e occasione di riscatto dinanzi all'Europa dai secoli bui della decadenza<sup>(39)</sup>. Nella visione brunialtiana, gestione dell'emigrazione ed espansione ultramarina si connettevano fino quasi all'indistinzione<sup>(40)</sup> e la colonizzazione si fondava su una indiscussa gerarchia tra popoli e tra razze: su uno scarto che imponeva al colonizzatore una missione civilizzatrice, ma che, al contempo legittimava, nei confronti dei colonizzati, la disapplicazione di quei principi del diritto costituzionale e internazionale poggiati sull'idea di nazione. Il destino coloniale dell'Italia era legato, per Brunialti, alle ragioni di una geografia che indagò al di là dell'ondata d'interesse per la materia che accompagnò le origini del colonialismo liberale<sup>(41)</sup>, ma neppure l'attenzione che rivolse alla geografia anarchica di Élisée Reclus che negava la retorica dello scarto di civiltà<sup>(42)</sup>, indusse il giurista a mettere in discussione la gerarchia di razze e il diritto dell'Europa a imporre la propria civiltà ai popoli che conquistava.

Brunialti concorse alla costruzione di un paradigma coloniale ampiamente circolante anche nel dibattito parlamentare del tempo, dando voce a « una sorta di schizofrenia » delle classi dirigenti,

---

(38) I. SANTANGELO SPOTO, *Colonia*, in *Digesto italiano*, VI, Torino, UTET, 1897-1902, p. 620, che, come rileva ancora CAZZETTA, *Predestinazione geografica*, cit., p. 156, « riprende ripetutamente [...] le posizioni di Brunialti ».

(39) Cfr. risp. A. BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, Milano, Brigola, 1885, p. IX e Id., *Le colonie degli italiani*, *Biblioteca di Scienze politiche e amministrative*, II Serie, vol. 9, Torino, Utet, 1897, p. 95 e ss.

(40) Per Brunialti, le colonie avrebbero potuto costituire territori dove indirizzare l'emigrazione e, al contempo, l'emigrazione avrebbe potuto essere lo strumento di una colonizzazione pacifica. V. ad es. BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., p. 241 e ss.

(41) Cfr. ad es. J.L. MIEGE, *L'imperialismo coloniale italiano*, Milano, Bur, 1976, p. 28 e ss.; F. SURDICH, *Le società geografiche e coloniali*, in *Fonti e problemi della politica coloniale italiana*, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali — Ufficio centrale per i beni archivistici, 1996, I, p. 477 e ss.; DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale*. I, cit., p. 51 e ss.; G. MONINA, *Il consenso coloniale. Le Società geografiche e l'Istituto coloniale italiano (1896-1914)*, Roma, Carocci, 2002.

(42) V. ad es. E. RECLUS, *Natura e società. Scritti di geografia sovversiva*, a cura di J.P. Clark, Milano, Elèuthera, 1999.

divise «tra la percezione dei limiti della giovane nazione e la tentazione di immaginarsi grande potenza»<sup>(43)</sup>. In Brunialti, l'apertura alle dinamiche storiche e sociali che caratterizzava la sua analisi anche in campo coloniale puntava a imbrigliare quelle dinamiche, a mediarle in chiave conservatrice al fine di garantire comunque il predominio «dello Stato, dello status quo, dell'ordine, del diritto»<sup>(44)</sup>. L'attitudine storico-comparativa e il sincretismo metodologico<sup>(45)</sup> non impedirono al giurista di farsi portatore di quella «trama di 'idee medie', di convinzioni diffuse» che costituì «la caratteristica più vistosa della cultura *fin de siècle* che rifletteva sulla crisi»<sup>(46)</sup> e della ricerca, politicamente non neutra, di una media-

---

<sup>(43)</sup> F. CAMMARANO, *La questione coloniale alla Camera (1185-1896)*, in *Alla ricerca delle colonie*, cit., p. 272.

<sup>(44)</sup> PORCIANI, *Attilio Brunialti*, cit., p. 217.

<sup>(45)</sup> Cfr. ad es. F. PIODI, *Attilio Brunialti e la scienza dell'amministrazione*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1976, p. 675 e ss.; G. CAZZETTA, *Una costituzione «sperimentale» per una società ideale. I modelli giuridico-politici di Attilio Brunialti*, in questi «Quaderni», 15 (1986), p. 307 e ss.; PORCIANI, *Attilio Brunialti*, cit., p. 191 e ss.; J. LUTHER, *Quel che la storia di Attilio Brunialti insegna al costituzionalismo italiano*, in «Democrazia e diritto», 2011, 1-2, p. 43 e ss.

<sup>(46)</sup> A. MAZZACANE, *Introduzione*, in *I giuristi e la crisi dello stato liberale*, cit., p. 15, con riferimento a L. MANGONI, *Una crisi di fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino, Einaudi, 1985. Il colonialismo e l'esotismo dei suoi scenari offrirono numerose suggestioni alla nascente industria culturale nazionale, e la *medietas* di questo paradigma coloniale delle origini, più che nelle tesi degli sparuti oppositori, trovava spazio nelle pagine di una emergente editoria fatta di romanzi, riviste e *feuilletons*. Emilio Salgari fu il più prolifico narratore di un esotismo in cui si riflettevano i limiti e le contraddizioni di un progetto coloniale cadetto e si mescolavano una critica 'antimperialista' delle potenze coloniali con una legittimazione del colonialismo patrio in chiave demografica e civilizzatrice. Anticolonialista con le colonie degli altri, gli antagonisti dei suoi pirati e corsari erano esponenti di vecchie potenze coloniali, di cui contestava le torsioni imperialiste (V. ad es. *Le due Tigri*, cap. XXIX). Il più celebre dei suoi pirati, Sandokan, è costantemente mosso da sentimenti primordiali, reazioni ferine, ed è affiancato da due coprotagonisti europei, Yanez e Marianna, che agiscono da «regolatori» (ivi, cap. XXXI) delle intemperanze della «tigre della Malesia». In altri suoi romanzi, oggi meno noti, le figure di connazionali che manda per il mondo incarnano a vario titolo il mito del «buon italiano»: più che soldati, contadini, medici, e missionari che con il loro lavoro civilizzano e valorizzano quei mondi lontani (Cfr. ad es. *I Robinson italiani* e *La sovrana del campo d'oro*). Si v., volendo, G. BASCHERINI, *L'avventura come rimedio. Le debolezze del liberalismo italiano in Emilio Salgari*, in «Costituzionalismo.it», 1/2017.

zione volta in direzione conservatrice quando non autoritaria, verso quel rafforzamento dello Stato attorno cui variamente ruotano le culture giuspubblicistiche tardo-liberali (47).

La maggioranza della Camera subì come un'imposizione l'avvio della colonizzazione, contestando all'Esecutivo la violazione dell'art. 5 dello Statuto e delle prerogative parlamentari di controllo in materia. Con la sola eccezione di Andrea Costa, contrario alla colonizzazione in quanto « impresa pazza e criminosa » alla quale non doveva andare « nè un uomo, nè un soldo » (48), le obiezioni dei parlamentari non investirono, tuttavia, la legittimità della colonizzazione in quanto tale, ma piuttosto l'opportunità di un impegno coloniale del neo-Stato unitario, le condotte del governo e la scelta dell'area di penetrazione. Tra i critici della politica coloniale di Depretis, il paradigma coloniale sopra abbozzato si riproponeva, ad es., nelle posizioni di Giovanni Bovio, filosofo del diritto e deputato della Sinistra estrema, che, al pari di Mancini, negava che i popoli africani potessero dirsi nazioni, poiché « nazione è veramente dov'è Stato e dov'è movimento di pensiero e di parti », e il « dispotismo di un Negus indica padrone e sudditi, non Stato e nazione » (49).

Nel dibattito parlamentare del tempo, Francesco Crispi e Ruggero Bonghi evidenziarono, da opposti scranni, un'ulteriore componente del canone coloniale nostrano, anch'essa riconducibile alla mitologia risorgimentale. Crispi criticò la « modesta » politica del governo, portata avanti da uomini « incerti » e di « mezze misure », e aggiunse: « se fosse dipeso da me non sarei neanche andato nel Mar Rosso! L'Italia però è ad Assab, è a Massaua e in altri luoghi dell'Africa; e deve restarci. [...] È il caso vero in cui la bandiera nazionale è impegnata e bisogna [...] invertire a bene del paese quello che malamente fu fatto » (50). Bonghi contestò gli argomenti umanitari e demografici del colonialismo manciniano,

---

(47) Per CAZZETTA, *Una costituzione « sperimentale »*, cit., p. 352, il « risvolto autoritario era una logica conseguenza del modello giuridico-politico di Brunialti ».

(48) A.P., 1887, XVI legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 3 febbraio 1887, p. 2018.

(49) G. BOVIO, *Il diritto pubblico e le razze umane*, Napoli, Morano, 1887, p. 9. Su Bovio, si v. DE NAPOLI, *Tra progresso del diritto e turn to empire*, cit., p. 15 e ss.

(50) A.P., 1885, XV legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 7 maggio 1885, p. 13469.

concordando sulla pochezza e impreparazione della politica coloniale e, per quanto fosse stata sbagliata la scelta di intervenire nel Mar Rosso, « oggi ci resta un solo dovere: mantenerla », poiché qualunque altro atto « tornerebbe a vergogna del nome italiano, diminuirebbe il credito del paese »<sup>(51)</sup>. I ripetuti rovesci che accompagnarono le operazioni militari in colonia concorsero a riproporre nelle retoriche coloniali nazionali il *topos* già risorgimentale dell'onore e del sacrificio<sup>(52)</sup>: a far sorgere 'questioni d'onore' che imponevano di difendere la bandiera e « ubbidire alla voce della Nazione »<sup>(53)</sup>, al di là delle critiche alle politiche coloniali del governo e a prescindere dagli interessi e dai vantaggi della colonizzazione.

Dopo Dogali, mutarono i toni e le prospettive del colonialismo italiano<sup>(54)</sup> e con l'avvio della stagione crispina cambiò la linea degli esecutivi in materia coloniale. Si moltiplicarono i richiami all'onore da difendere e all'eccezionalità della situazione, per assicurare all'Esecutivo una maggior autonomia da ipoteche regie e mediazioni parlamentari<sup>(55)</sup>. Con Crispi, peraltro, si stabilizzò in materia colo-

---

(51) Ivi, p. 13477 e ss.; la citazione è a p. 13480. Sulle critiche di Bonghi riguardo ai limitati benefici economici della colonizzazione e alle possibilità che questa offriva all'emigrazione italiana, v. S. ROMANO, *L'ideologia del colonialismo italiano*, in *Fonti e problemi della politica coloniale*, cit., spec. p. 24 e ss.

(52) Cfr. ad es. A.M. BANTI, *Sublime madre nostra. La nazione italiana dal Risorgimento al fascismo*, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. 27 e ss., 54 e ss. e *passim*. Riguardo al significato che assume il sacrificio nella giuspubblicistica di età statutaria, si v. P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 186 e ss.

(53) Così ad es. Ferrari nel suo intervento del 3 febbraio 1887, riguardo alla richiesta di Depretis di nuovi fondi dopo la sconfitta di Dogali — *A.P.*, 1887, XVI legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 3 febbraio 1887, p. 2016.

(54) Si v. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale. I*, cit., p. 239 e ss.

(55) Esemplari in tal senso le conclusioni della relazione della Giunta generale del bilancio sul d.d.l. del 18 dicembre 1895, con cui si richiedevano ulteriori fondi e truppe per l'Africa dopo la sconfitta all'Amba Alagi: « Nel riferire sul presente disegno di legge con quella brevità e con quella maggiore possibile sollecitudine, quali esigevano le imperiose circostanze del momento [...], la vostra Giunta porge il fervidissimo augurio che la vittoria arrida alle armi nostre e che col trionfo della civiltà, sotto gli auspici della nostra bandiera, la pace ed il benessere allietino un giorno i popoli abitanti di quelle remote contrade. Sarà questo il monumento più bello e duraturo che cuore italiano potrà innalzare alla memoria dei prodi caduti laggiù per la grandezza della patria nostra ».

niale un rapporto tra Parlamento e Governo in virtù del quale, tra reciproche insofferenze, l'Esecutivo conservava completa libertà d'azione all'interno di quella « politica coloniale generale » che di fatto il Parlamento aveva già approvata nel biennio precedente <sup>(56)</sup>. Le opposizioni contestarono a più riprese l'opportunità e la legittimità costituzionale della politica coloniale crispi <sup>(57)</sup>, e nella difficile situazione economica di quegli anni si moltiplicarono gli inviti da destra e da sinistra a investire nella modernizzazione e nello sviluppo del Paese quelle risorse che in Africa apparivano inutilmente sperperate <sup>(58)</sup>. La disfatta di Adua fu tale da rendere inseribili anche i richiami all'onore e al riscatto nazionale, interrompendo la penetrazione in quei quadranti e contribuendo alla fine

---

*A.P.*, 1896, XIX legislatura, I sessione, Discussioni, II tornata del 18 dicembre 1895, p. 3336.

<sup>(56)</sup> V., ad es., l'intervento di Crispi il 12 maggio 1888, per il quale è « ozioso, ed anche inopportuno, tornare a discutere del passato. I fatti del 1885, furono approvati da questa Camera con due voti distinti. Aggiungo che, dopo il 1886, la responsabilità della impresa Africana, è vostra e nostra ». *A.P.*, 1888, XVI legislatura, II sessione, Discussioni, Tornata del 12 maggio 1888, risp. p. 2522.

<sup>(57)</sup> Si vedano ad es. l'interpellanza di Imbriani Poerio e la mozione di Ferrari nel dibattito parlamentare che si sviluppò ai primi di marzo 1890 intorno alla richiesta della Estrema sinistra di sottoporre ad approvazione parlamentare il R.d. 6592/1890, che 'civilizzava' il governo dei possedimenti nel Mar Rosso riunificandoli nella colonia denominata Eritrea. *A.P.*, 1890, XVI legislatura, IV sessione, Discussioni, Tornata del 5 marzo 1890, spec. p. 1519 e ss.

<sup>(58)</sup> Da sinistra, Colajanni rimarcava che « il decoro e l'onore nazionale esigono che scompaiano dall'Italia, prima che dall'Africa, tante cause di miseria, di delinquenza, di depressione morale ed intellettuale ». *A.P.*, 1895, XIX legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 2 luglio 1895, p. 520. Da destra, invece, Di Rudini invocava una « sosta nell'impresa africana », domandandosi « se nelle presenti condizioni finanziarie [...] sia opportuna questa grande impresa coloniale [...] visto che in Africa le vittorie s'hanno forse a temere più delle sconfitte ». *A.P.*, 1896, XIX legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 2 dicembre 1895, p. 2697. Per A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, a cura di V. Gerratana, Torino, Einaudi, 1975, vol. III, p. 2018 e s., la politica coloniale di Crispi, « il vero uomo della nuova borghesia », « è legata alla sua ossessione unitaria »: « il contadino meridionale voleva la terra e Crispi che non gliela voleva (e poteva) dare in Italia stessa [...] prospettò il miraggio delle terre coloniali da sfruttare ». Diversamente dalle altre nazioni colonizzatrici, l'Italia non aveva « capitali da esportare », mancava « una spinta reale all'imperialismo italiano e ad essa fu sostituita la passione popolare dei rurali ciecamente tesi verso la proprietà della terra: si trattò di una necessità di politica interna da risolvere, deviandone la soluzione all'infinito ».

della stagione crispina. Il nuovo esecutivo Di Rudinì non mancò di chiedere al Parlamento un ulteriore credito per l'Eritrea, ma stavolta in nome di un deciso cambio di rotta della politica coloniale rispetto all'espansionismo di Crispi (59), riducendo l'impegno coloniale e dando compimento alla 'civilizzazione' dell'amministrazione eritrea avviata dal ricordato R.d. n. 6592 del 1890, con la nomina a governatore della colonia di Ferdinando Martini (60).

#### 4. *La stabilizzazione del reggimento coloniale. « Meno scuola e più vita ».*

Le questioni riguardanti l'applicazione ultramarina delle normative nazionali che accompagnarono la stabilizzazione delle colonie del Corno (61) contribuirono ad affermare una specialità del diritto coloniale già sostenuta ai tempi di Assab (62) e nei dibattiti sulla competenza parlamentare in materia coloniale *ex art. 5* dello Statuto. Il diritto coloniale italiano si configurò, dunque, *ab origine* come doppiamente duale — diverso da quello del Regno e diverso per colonizzati e colonizzatori — e speciale, poggiando su una delega generale al governo nazionale a individuare e a emanare in colonia le normative patrie destinate a trovarvi applicazione, con gli eventuali adattamenti dettati dalle condizioni locali. Si venne articolando, in tal modo, un diritto coloniale plurale ma non pluralistico, che esaltava le differenze a fini di assoggettamento e nel quale

---

(59) V. l'intervento di Di Rudinì in *A.P.*, 1896, XIX legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 17 marzo 1896, p. 3428 e ss.

(60) Cfr., ad es., A. AQUARONE, *Dopo Adua: politica e amministrazione coloniale*, a cura di L. de Courten, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali. Ufficio centrale per i beni archivistici, 1989, spec. pp. 75 e ss. e 161 e ss.; ROSONI, *La Colonia Eritrea*, cit., p. 189 e ss.; MAZZA, *L'amministrazione della giustizia*, cit., p. 260 e ss.

(61) Si v. la l. n. 7003/1890.

(62) Cfr. artt. 2 e 3, l. n. 857/1882. Il rilievo di tale disciplina per la successiva legislazione coloniale è rimarcato da G. MONDAINI, *Manuale di Storia e legislazione coloniale del regno d'Italia*, Roma, A. Sampaolesi, 1924-27, p. 98. Su questa specialità del diritto coloniale convergerà la gran parte della dottrina. Cfr., ad es., S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale. Impartito nel R. Istituto di Scienze Sociali C. Alfieri di Firenze*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1918, p. 22; E. CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, Roma, ed. Foro Italiano, 1933, p. 10; U. BORSI, *Corso di diritto coloniale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1937<sup>2</sup>, p. 130.

il filtro dell'ordine pubblico coloniale funzionalizzava il riconoscimento dei diritti locali agli interessi della colonizzazione e al controllo di quei territori e di quelle popolazioni (63). A partire da questa specialità, e dallo scarto di civiltà su cui questa poggiava, si allestirono nei diversi possedimenti sistemi di giustizia differenziali, per offrire ai colonizzatori uno statuto giuridico quanto più prossimo possibile a quello patrio e per sottomettere i colonizzati a giurisdizioni a ridotto tasso di garanzie (64).

L'Ordinamento eritreo del 1903 ribadì le facoltà del Governo di adattare e promulgare in colonia le leggi e i codici nazionali (65), anche perché i precedenti dicasteri avevano dato scarso seguito alle precedenti deleghe in materia, e ancora persistevano diverse incertezze riguardo alle normative effettivamente vigenti nel possedimento. A queste esigenze di stabilizzazione normativa tentò di rispondere, *in loco*, l'esperimento di codificazione portato avanti da Martini, che ne affidò la stesura ad una commissione composta in prevalenza dai togati presenti in colonia (66). La commissione lavorò

---

(63) V. ad es., R. QUADRI, *Diritto coloniale*, Padova, Cedam, 1958 p. 17, per il quale « quando la dottrina parla di 'riconoscimento' del diritto indigeno da parte dello Stato, usa un'espressione impropria », trattandosi piuttosto « di trasformare il diritto indigeno in diritto statale, o meglio di produrre diritto statale conforme, quanto al contenuto al diritto indigeno ». Sul concetto di ordine pubblico coloniale, nella dottrina del tempo, si v. ad es. E. DE LEONE, *Il concetto di ordine pubblico coloniale*, in Id., *Studi di diritto coloniale*, Roma, Dott. Paolo Cremonese editore, 1935, p. 18 e ss.; A. D'EMILIA, *Intorno ad una valutazione qualitativa del diritto coloniale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. III, Padova, Cedam, 1940, spec. p. 453 e ss. Sulla strumentalità della clausola ai fini della colonizzazione, cfr. P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in questi « Quaderni », 33/34 (2004-2005), p. 214 e s.

(64) Per G. CIAMARRA, *La giustizia nella Somalia*, Napoli, R. Tip. F. Giannini & figli, 1914, la ricerca delle norme da applicarsi in colonia doveva dare « adito a quell'arbitrario che [...] è ovunque la libertà dell'amministrazione, ma in Colonia ne è vita ed essenza » (p. III) e gli ordinamenti giudiziari locali avrebbero dovuto ispirarsi « alla massima concisione di prescrizioni e spigliatezza di attuazione, sorvolando su tante formalità di procedura, illogiche e contrarie alla rapidità dei giudizi ».

(65) V. artt. 2-5, l. n. 205/1903 (*Ordinamento della Colonia Eritrea*); analoghe previsioni caratterizzarono i regi decreti di riordino dell'amministrazione (67 e 68/1894) e della giustizia (201/1894).

(66) Su questo tentativo di codificazione, si v. la puntuale ricostruzione che ne fece lo stesso presidente della commissione, M. D'AMELIO, *L'ordinamento giuridico della colonia*

celermente e già all'inizio del 1905 consegnò i progetti dei codici civili, penali e di commercio da applicarsi nella colonia. A prolungarsi fu l'esame dinanzi alle autorità nazionali, a cui collaborarono alcuni tra i maggiori giuristi del tempo (tra cui, Scialoja, Mortara, Vivante e Azzariti) e che si concluse con una relazione di Scialoja che bocciò quei codici, contestando la fattibilità e opportunità di una codificazione coloniale prima ancora che gli specifici contenuti dei progetti<sup>(67)</sup>. Quei codici, emanati con regi decreti tra il 1908 e il 1909 e pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, non entrarono mai in vigore, poiché non si provvide alla loro traduzione nelle lingue locali e alla pubblicazione nel *Bollettino Ufficiale della Colonia Eritrea*<sup>(68)</sup>. La mancata entrata in vigore non impedì a quei codici di lasciare tracce profonde nei successivi sviluppi del colonialismo italiano<sup>(69)</sup>, trovando ampie applicazioni giurisprudenziali.

---

*Eritrea*. Estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. III, p. 2, sez. II, Milano, Società editrice libraria, 1911, p. 221 e ss. Sulla presenza togata nelle colonie italiane, cfr. ad es. P. SARACENO, *La magistratura coloniale italiana (1886-1942)*, in « Clio », 1986, p. 275 e ss. e C. GIORGI, *Magistrati d'oltremare*, in « Studi storici », 2010, p. 855 e ss.

<sup>(67)</sup> L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di Procedura Civile*, II, *Della Competenza. I principi generali della procedura*, Milano, F. Vallardi, 1903, p. 515, aveva già polemicamente rimarcato la scarsa preparazione dei magistrati coloniali, « reclutati [...] nell'inferiore personale giudiziario [...] piuttosto in considerazione della robustezza fisica che con riguardo alle prove di esperienza e di dottrina ». V. Scialoja, nell'anticipare sulla « Rivista di diritto civile » la propria *Relazione*, sottolineò l'inopportunità di trasportare in colonia « l'ingombrante mole dei nostri codici », laddove sarebbero bastate « poche norme, nelle quali fosse detto [...] che ai cittadini si applicano le leggi che sarebbero loro applicate in Italia [...] e che per i sudditi coloniali continuano ad aver vigore le loro consuetudini, salvo che siano contrarie alla civiltà ». Piuttosto, per Scialoja, i magistrati coloniali avrebbero dovuto dedicarsi a individuare i criteri per la risoluzione delle antinomie originarie da quella giustizia differenziale, dettando « alcune regole per risolvere eventuali conflitti derivanti dal doppio regime giuridico e per regolare taluni dei più importanti rapporti misti ». V. SCIALOJA, *Il codice civile per la colonia Eritrea. Relazione al Consiglio coloniale*, in « Rivista di diritto civile », 1909, p. 363.

<sup>(68)</sup> Intanto, nel governatorato eritreo, a Martini era succeduto S. Raggi, critico verso una codificazione che avrebbe ridotto gli spazi d'intervento normativo e giurisdizionale dell'amministrazione coloniale. V. ad es. M. ZACCARIA, *Magistratura togata vs. giustizia amministrativa nella Colonia Eritrea, 1907 - 1911. Il memoriale Conte e il rapporto nr. 10330 di Salvago Raggi*, in « Ethnorema », 2006, 2, p. 49 e ss.

<sup>(69)</sup> Per S. CAPRIOLI, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 124 e ss. quel tentativo di codificazione « non fu lavoro gettato al vento, se appena si considerino alcune di quelle modifiche e la diffrazione di esse in altri testi normativi ».

ziali <sup>(70)</sup> e prospettando un tentativo di codificare e togare, almeno in parte, la giustizia coloniale che si ripropose ai tempi della Libia giolittiana, dove si ritrovarono alcuni dei magistrati già attivi in Eritrea con Martini <sup>(71)</sup>.

La persistente nebulosità delle normative coloniali contribuì a quella ‘riconsegna’ di importanti funzioni legislative e giurisprudenziali all’Esecutivo, confermando il ruolo delle colonie quali spazi di costruzione di quella ‘svolta amministrativa’ che connotò il liberalismo italiano di fine secolo e che oltremare manifestò le implicazioni più autoritarie e, al contempo, accentuando la centralità della giurisdizione nell’organizzazione del dominio coloniale, « perché per le popolazioni indigene l’amministrazione della giustizia è il principale attributo della sovranità, e dal modo come essa è amministrata dipende in gran parte il successo della colonizzazione » <sup>(72)</sup>. Perno del reggimento coloniale, il giudice-funzionario venne chiamato, da una parte, ad « adattare la legge metropolitana alle esigenze dell’ambiente indigeno » e, dall’altra, ad « adeguare il diritto indigeno allo spirito della civiltà e della legislazione metropolitana » <sup>(73)</sup>. Questa valenza intensamente governamentale che la giurisdizione assumeva oltremare fece degli ordinamenti giudiziari una sorta di ‘costituzioni materiali’ delle colonie italiane e, in questa chiave, le discipline che si adottarono per l’Eritrea e la Somalia tra il 1908 e il 1911 <sup>(74)</sup>, segnarono il momento d’avvio di « una svolta autoritaria, non transitoria », che riconfigurò il rapporto tra colonizzatori e colonizzati in termini « non dualistici, ma antagonistici, [di] totale sottomissione » <sup>(75)</sup>. Tali ordinamenti affidavano l’esercizio della giurisdi-

---

<sup>(70)</sup> Si v. D’AMELIO, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 226.

<sup>(71)</sup> V. *infra*.

<sup>(72)</sup> D’AMELIO, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 169 e s.

<sup>(73)</sup> E. GHERSI, *Diritto coloniale*, Milano, Cetim, 1942, p. 169.

<sup>(74)</sup> Risp. R.d. 325/1908 e R.d. 937/1911.

<sup>(75)</sup> L. MARTONE, *Giustizia coloniale: modelli e prassi penale per i sudditi d’Africa dall’età giolittiana al fascismo*, Napoli, Jovene, 2002, p. 97. Quegli ordinamenti instaurarono una giustizia coloniale distante tanto dai diritti locali quanto dal diritto metropolitano, riproponendo la pena capitale, derogando alla personalità della pena e prevedendo sanzioni collettive e ipotesi di lavoro coatto. La riduzione delle garanzie e l’amministrativizzazione della giustizia dei colonizzati erano ancora più evidenti nell’ordinamento della Somalia, per la quale si istituì una *giurisdizione eccezionale dell’indige-*

zione riguardante i colonizzati, soprattutto di quella penale, a militari e funzionari chiamati ad applicare un diritto locale che conoscevano poco<sup>(76)</sup> e che riorganizzavano in funzione degli interessi della colonizzazione, fino alla 'invenzione' di tradizioni giuridiche che la giuscolonialistica successiva s'incaricò di riconoscere, convalidare e legittimare<sup>(77)</sup>.

Nell'Eritrea dei primi del Novecento si confrontarono, dunque, due visioni del diritto e della giustizia coloniale che esprimevano, tuttavia, una medesima concezione dei rapporti coloniali; al di là dei richiami di rito al rispetto dei diritti e delle condizioni locali, infatti, le due opzioni non offrivano effettive possibilità di riconoscimento dei diritti locali, non contemplavano ipotesi di mediazione con gli interessi dei colonizzati e non proponevano differenti visioni del soggetto coloniale, comunque sottoposto a una specialità di trattamento giuridico funzionale al dominio dei colonizzatori. Le critiche dei giuristi metropolitani al tentativo di codificazione eritrea contestavano innanzi-

---

nato (artt. 76 e ss.) orientata alla difesa dell'ordine pubblico e alla pacificazione dei territori conquistati. Nati come temporanei, i tribunali d'indigenato vennero introdotti anche nelle altre colonie e, infine, stabilizzati dagli ordinamenti giudiziari coloniali della metà degli anni Trenta (R.d. 1649/1935, per l'Eritrea e R.d. 2167/1935 per la Libia). Per BORSI, *Corso*, cit., p. 177 e s., tali tribunali erano chiamati a tracciare la « linea di un diritto pubblico indigeno rispondente alle esigenze di conservazione e di progresso delle istituzioni coloniali, nel quale l'antico costume della popolazione locale si mostra piegato e adattato alle idee della civiltà e ai capisaldi del diritto dei colonizzatori ». Per CIAMARRA, *La Giustizia nella Somalia*, cit., p. 7, quella giurisdizione eccezionale era lo strumento per liberare la sanzione da una « rigida applicazione della legge [...] lasciando il giudizio [...] nel campo naturale di loro apprezzamento, che per l'essenza e il carattere dei fatti stessi non poteva essere che il campo politico ».

(76) I periodici richiami ad approfondire la conoscenza delle realtà e dei diritti coloniali rimasero ampiamente inascoltati, e alla costruzione giurisprudenziale del diritto coloniale non si accompagnò un adeguato lavoro di raccolta di quella giurisprudenza. V. a riguardo MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., spec. p. 145 e ss. e MAZZA, *L'amministrazione della giustizia*, cit., p. 450 e ss. Riguardo alla Libia giolittiana, si v. anche G. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 59 e s. e 120 e ss. e L. BORSI, *Costituzionalismo 1912-1913. Nazione e classe*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 332 e ss.

(77) Cfr. I. ROSONI, *L'invenzione del diritto consuetudinario*, in « *Hacta Histrie* », 16 (2008), 4, spec. p. 584 e ss. e M. MAZZA, *Il dibattito sui progetti di codificazione autonoma per la Colonia Eritrea*, in « *Diritto pubblico comparato ed europeo* », 2013, 1, spec. p. 178 e ss.

tutto l'esportabilità oltremare di complessi normativi organici, poggianti su « secolari tradizioni giuridiche » e manifestazioni dei « valori della intelligenza e [della] supremazia morale della nazione colonizzatrice » (78). I redattori dei codici concordavano sulla specialità del diritto coloniale e il loro esperimento di trapianto codicistico appariva mosso, più che da una sensibilità garantistica, dall'intento di replicare in colonia quella funzione che la codificazione aveva svolto in Europa un secolo prima, sancendo egemonie ed assetti di potere. La codificazione eritrea, potrebbe dirsi, non intendeva riconoscere nel rapporto Stato-colonia una pluralità 'politipica', ma semmai 'monotipizzare' il pluralismo coloniale incasellandolo in costruzioni che ribadivano il potere dell'ordinamento Stato sull'ordinamento colonia (79). Quel tentativo puntava a cristallizzare nel codice la disegualianza coloniale fondamentale: a codificare un diritto coloniale certo e diseguale che garantisse lo stabile reggimento e il migliore sfruttamento della colonia, orientandosi non verso « ardue costruzioni », ma verso « linee snelle, sistemi speditivi », « meno procedure », « meno scuola e più vita » (80).

##### 5. *L'Italia in Libia. la guerra e il progetto coloniale giolittiano.*

La guerra di Libia fu percepita come l'avvio di quell'espansione mediterranea lungamente vagheggiata dall'Italia umbertina e la colonizzazione di quei territori s'improntò a moduli di governo differenti da quelli che si erano affermati in Eritrea e Somalia. Tali differenze erano dovute, per un verso, alla maggior articolazione e strutturazione caratterizzanti l'ordinamento di quelle province arabe di un impero ottomano al tramonto. Per altro verso, fu la valenza

---

(78) V. risp. SCIALOJA, *Il codice civile per la colonia Eritrea*, cit., p. 363 e M. COLUCCI, *Le codificazioni del diritto privato e penale nelle colonie*, in *Atti del terzo congresso di studi coloniali. Firenze-Roma, 12-17 aprile 1937*, vol. III, Sez. II, Firenze, Sansoni, 1937, p. 145.

(79) Il riferimento è alla distinzione tra pluralismo monotipico e pluralismo politipico elaborata da A. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la « pluralità degli ordinamenti giuridici »* (1926), in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 210.

(80) Così R. Falcone nel presentare alla Camera il primo libro del progetto di codice penale eritreo, in MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., p. 10 e s.

intensamente politica che la questione coloniale assunse nella stagione giolittiana a spiegare quelle differenze ed a conferire alla conquista di quei territori un'inedita impronta nazionale e di massa.

Accompagnata da una mobilitazione e da un consenso senza precedenti, attorno a quella guerra si organizzò politicamente un nazionalismo che nel decennio precedente si era diffuso tra le piccole e medie borghesie emergenti, aggregando in direzione anti-democratica figure e culture diverse attorno a rivendicazioni colonialiste e imperialiste<sup>(81)</sup>. Si moltiplicarono rispetto al passato i richiami ai miti della romanità e ad un « imperialismo della povera gente »<sup>(82)</sup> che riproponevano, aggiornate, le retoriche civilizzatrici e migratorie della colonizzazione patria. Per la « quarta sponda » come per il Dodecaneso, anche questo sottratto all'impero turco, si allestì un progetto coloniale caratterizzato da un tratto 'assimilazionista' assente nelle colonie del Corno e dovuto alla più spiccata vocazione demografica della colonizzazione libica e al tentativo di ottenere il consenso delle popolazioni locali più insofferenti alla dominazione turca<sup>(83)</sup>. Questo 'assimilazionismo' che caratterizzò gli anni giolittiani della colonizzazione libica trovò conferma nell'ordinamento giudiziario che si adottò per quei territori e che, ispirato all'ordinamento eritreo del 1902, istituiva un sistema di giustizia caratterizzato da tribunali regionali presieduti da togati e da tribunali sciaraitici per la giurisdizione civile dei nativi chiamati ad applicare il diritto locale<sup>(84)</sup>. Analoga ispirazione connotava gli statuti giuridici che si adottarono allora per i nativi libici e che proclamarono l'eguaglianza di fronte alla legge dei cittadini coloniali e di quelli metropolitani, ammisero ipotesi di acquisto della cittadinanza metropolitana e riconobbero ai nativi libici una « cittadinanza » comprensiva dell'elettorato attivo e passivo per i neoistituiti

---

(81) Si v. ad es. L. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. I. L'Italietta (1861-1915)*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 313 e ss.

(82) R. MICHELS, *L'imperialismo italiano. Studi politico-demografici*, Milano, Società Editrice Libreria, 1914, p. 92.

(83) Evidenziava questa strumentalità già A. MALVEZZI, *L'Italia e l'Islam in Libia*, Firenze-Milano, Treves, 1913, p. 217 e ss.

(84) R.d. 289/1913, su cui si v. MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., p. 100 e ss.

parlamenti di Tripolitania e Cirenaica e dell'accesso alle cariche civili <sup>(85)</sup>.

La guerra di Libia riportò gli internazionalisti a discutere intorno ai fondamenti del diritto internazionale: alla giuridicità o meno della guerra, all'applicabilità ai conflitti coloniali dello *ius ad bellum* e *in bello* praticato tra Stati 'civili' e all'efficacia dell'occupazione bellica ai fini dell'acquisto della sovranità su quei territori. Per Mario Marinoni, se nessuna guerra poteva avere ragioni giuridiche, giuridicamente rilevante risultava, invece, la natura coloniale del conflitto, in quanto opponeva « Stati e gruppi non statuali, non compresi nel diritto delle genti » <sup>(86)</sup>. Dopo la disfatta di Sciarà Sciat, questa differenza tra belligeranti fu richiamata da Dionisio Anzilotti e Igino Petrone per dedurne l'inapplicabilità delle convenzioni internazionali ai belligeranti arabi e la liceità di una « repressione energica », secondo la « inviolabile logica dello ster-

---

<sup>(85)</sup> Il R.d. 315/1913 definiva i libici sudditi « italiani » e non « coloniali » e riconosceva loro i diritti politici « conformemente alle leggi che li riguardano » (artt. 1 e 2), ponendoli « in una posizione formalmente superiore a quella degli altri sudditi coloniali » (ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 135). Questa tendenza trovò conferma negli « Statuti libici » (R.d. 931 e 2401/1919). Nella dottrina del tempo, cfr. ad es. A. BERTOLA, *Libertà ed uguaglianza negli statuti libici*, in « Rivista di diritto pubblico », 1920, p. 386 e ss.; G. AMBROSINI, *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, cit., p. 289 e ss. e R. SERTOLI SALIS, *Statuti libici*, in *Nuovo dig. it.*, XII, I, Torino, Utet, 1940, p. 868 e s. Queste aperture in chiave anti-ottomana non conquistarono, tuttavia, al colonizzatore il consenso delle popolazioni arabe, che anzi organizzarono una resistenza contro cui s'indirizzò la prima politica coloniale fascista, che puntò a estendere e rafforzare un controllo di quei territori fino ad allora precario e parziale e a smantellare quelle normative « demoliberali » (E. CIBELLI, *Sudditanza coloniale e cittadinanza italiana libica*, Napoli, Detken & Rocholl, 1930, p. 27), depotenziando la cittadinanza disegnata negli Statuti libici e restringendo le competenze attribuite ai notabili locali e il grado di autonomia riconosciuto all'amministrazione della colonia. Sulla condizione giuridica dei nativi libici, cfr. ad es. E. CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana dell'età liberale*, in « Clio », 1995, spec. p. 83 e ss.; F. RENUCCI, *La strumentalizzazione del concetto di cittadinanza in Libia negli anni Trenta*, in questi « Quaderni », 33/34 (2004-2005), p. 319 e ss.; G. BASSI, *Il diritto come strumento di politica coloniale nella Libia italiana (1911-1943)*, in questi « Quaderni », 47 (2018), p. 210 e ss.

<sup>(86)</sup> M. MARINONI, *La guerra e la pace nell'ordine giuridico*, in « Rivista italiana di sociologia », XVI (1912), p. 226 e ss.

minio » (87). Riguardo all'acquisto della sovranità sui quadranti libici, nonostante l'Italia al momento dell'adozione del R.d. n. 1247/1911 — che poneva « sotto la sovranità piena ed intera del Regno d'Italia la Tripolitania e la Cirenaica » — controllasse in realtà solo alcuni tratti di costa, per Pasquale Fiore come per Mariano D'Amelio quella situazione era sufficiente ad affermare la validità giuridica internazionale della proclamazione della sovranità italiana sulle regioni della Quarta sponda già conquistate e su quelle che si sarebbero conquistate successivamente (88).

Peraltro, se, in occasione dell'istituzione della colonia Eritrea, Crispi aveva negato la competenza del Parlamento ad approvare i trattati coloniali *ex art. 5* dello Statuto, ai tempi della Libia si riconobbe la necessità di un assenso delle Camere (89). La Camera

---

(87) Risp. D. ANZILOTTI, *La nostra guerra con la Turchia*, in « Rivista di diritto internazionale », VII (1913), p. 185 e I. PETRONE, *Il diritto di guerra dei popoli di natura e gli atteggiamenti umanitari del diritto internazionale*, in « Atti della reale Accademia di Scienze morali e politiche », XLI (1912), p. 193.

(88) Cfr. risp. P. FIORE, *Sulla condizione giuridica della Tripolitania e della Cirenaica di fronte al diritto Costituzionale e al Diritto internazionale*, in « Atti della Reale Accademia di Scienze morali e politiche », XLII (1913), p. 121 e ss. e M. D'AMELIO, *Per l'ordinamento giuridico della Tripolitania e della Cirenaica*, in « Rivista di diritto pubblico », IV (1912), p. 1 e ss. Come già ai tempi della colonizzazione crisgina dell'Eritrea, decisamente minoritarie le voci critiche verso l'espansione africana. F. ARCOLEO, *Il Problema Coloniale nel Diritto Pubblico*, Napoli, Pierro, 1914, insistette sulla statualità degli ordinamenti coloniali, contestando i nessi tra Europa, civiltà e Stato, e pur ammettendo che « la colonizzazione è un fatto storico e sociale necessario » (p. 9), riconosceva che « tutto dipende da come questo incontro [« tra gli Stati europei e le tribù barbare »] si verifica: se nella forma di annientamento o [...] nell'accordo giuridico, che deve impedire al principio darwinistico una vittoria che è fondata sull'arbitrio e sulla violenza » (p. 19). Più radicalmente, E. CIMBALI, *L'assenza della democrazia nelle questioni di politica coloniale*, in *Scritti in onore di Angelo Majorana*, Catania, Stab. tip. S. Di Mattei & C., 1914, I, p. 185 e ss. negava ogni giuridicità alla guerra coloniale e ogni compatibilità tra colonialismo e democrazia, riconoscendo piuttosto la legittimità della resistenza anticoloniale e il diritto delle popolazioni locali alla difesa, all'indipendenza e all'autodeterminazione.

(89) Sui diversi procedimenti adottati nelle due occasioni, si v. C. SCHANZER, *L'acquisto delle colonie e il diritto pubblico italiano*, Roma, Loescher, 1912, pp. 29 e ss. e 61 e ss. Al tempo della Libia, la necessità dell'approvazione parlamentare per l'acquisto delle colonie aveva trovato autorevoli sostenitori, tra cui, oltre allo stesso Schanzer (ivi, p. 5), D. DONATI, *I Trattati internazionali nel diritto costituzionale*, I, Torino, Utet, 1906, p. 579 e ss.; ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 65 e s.; G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*

convertì il R.d. 1247 a larga maggioranza e diversi interventi esaltarono la guerra di Libia quale manifestazione di una unità nazionale che sedava ogni opposizione e imponeva il superamento delle divisioni territoriali e di classe. Da posizioni opposte, tuttavia, Sonnino e Turati non mancarono di contestare ‘costituzionalmente’ la mancata convocazione della Camera durante il conflitto, richiamandosi alle ragioni del governo parlamentare e criticando la concentrazione della decisione politica nella Presidenza del Consiglio e nel Ministero degli esteri<sup>(90)</sup>. Tra i costituzionalisti, Antonio Ferracciù, intravide in quell’abdicazione del Parlamento alla funzione legislativa e nella sua riduzione a « puro ufficio di registrazione » la manifestazione nazionale di una tendenza diffusa nel costituzionalismo europeo del tempo all’affermazione di un « regime cesareo-democratico » e dell’« avviarsi della democrazia ad un vero autoritarismo », che avrebbe inevitabilmente condotto « al trionfo di reali oligarchie »<sup>(91)</sup>. Non di meno, il condiviso riconoscimento della necessaria ‘parlamentarizzazione’ dell’annessione coloniale non impedì agli studiosi di tornare a dividersi riguardo alla natura del territorio coloniale, ai rapporti tra questo e il territorio del Regno e all’efficacia ultramarina delle normative nazionali. L’indistinguibilità

---

*di diritto costituzionale italiano*, Torino, UTET, 1913, p. 573 e s. Su questo dibattito, si v. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico*, cit., p. 84 e s.

<sup>(90)</sup> Per Sonnino, la guerra aveva « elevato lo spirito pubblico » del Paese, e insegnato agli italiani « a mettere da banda ogni interno dissidio quando si tratta di tenere alto l’onore della patria », ma questo non tacitava le obiezioni riguardo alla mancata riunione della Camera nei mesi precedenti, rimarcando l’incompetenza dell’esecutivo, salvo che « in circostanze eccezionalissime, e per breve tempo [...] di limitare di fatto il diritto del Parlamento di discutere e deliberare » (*A.P.*, 1912, XXIII legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 23 febbraio 1912, p. 17145). Turati non nascose le divisioni che la guerra coloniale aveva determinato nel partito socialista, ma non mancò di unirsi alle critiche riguardo all’inattività a cui il governo aveva costretto il Parlamento sulla base di « singolari teoriche costituzionali », osservando che il Parlamento avrebbe dovuto subire anche la « umiliazione suprema: di vedere lo stesso Impero ottomano darci una lezione di costituzionalità e di democrazia; mentre in Italia si considerava il Parlamento come un ingombro, la Turchia ci insegnava che il Parlamento può e deve funzionare anche, dovrei dire tantopiù, quando ferve la guerra » (ivi, p. 17162).

<sup>(91)</sup> A. FERRACCIÙ, *Tendenze recenti del costituzionalismo: discorso per l’inaugurazione dell’Anno Accademico nella R. Università di Siena, letto il 5 novembre 1911*, Siena, Tip. L. Lazzeri, 1911. V. a riguardo BORSI, *Costituzionalismo 1912-1913*, cit., p. 47 e s.

del territorio coloniale dal territorio nazionale era allora sostenuta, ad es., da Donato Donati, per il quale il territorio non è elemento costitutivo dello Stato, quanto piuttosto « oggetto esteriore allo Stato stesso, [...] come *cosa* », sulla quale lo Stato esercitava, in entrambi gli spazi, uno stesso « diritto di dominio »<sup>(92)</sup>. Per Santi Romano, invece, se la potestà che lo Stato esercitava in colonia era « sovrana, nello stesso senso in cui è intesa la sovranità che lo Stato esercita nei limiti del proprio territorio »<sup>(93)</sup>, non di meno, « tale potere sovrano assume[va] un carattere diverso »: non « costituzionale », bensì « patrimoniale »<sup>(94)</sup>, ed è questa 'patrimonialità' che rendeva il territorio coloniale oggetto non di « un diritto che lo Stato ha su uno dei suoi elementi », quanto piuttosto « oggetto di vero diritto reale pubblicistico »<sup>(95)</sup>.

Questa interrogazione riguardo ai rapporti tra territorio e sovranità sollecitata dall'attualità libica entrava, peraltro, in risonanza con il concomitante dibattito sulla formazione del regno d'Italia che si sviluppò nella *Rivista di diritto internazionale* tra Anzilotti e Romano in occasione del cinquantenario dell'Unità<sup>(96)</sup>. Indipendentemente dalle posizioni rispettivamente assunte riguardo a un'unificazione per fusione o per annessione e, di conseguenza, alla intestazione della volontà espressa dai plebisciti agli Stati pre-unitari o al neo-Stato unitario, le due letture convergevano sulla negazione giuridica di ogni volontà popolare e costituente, svalutando l'origine 'risorgimental-rivoluzionaria' dello Stato unitario e ponendo le basi per un processo di « 'sovradeterminazione' ideologica del diritto [che] al momento dell'affermarsi del fascismo [era]

---

(92) DONATI *I Trattati internazionali*, cit., p. 579 e ss. e, successivamente, ID., *Stato e territorio*, che pubblicò sulla « Rivista di diritto internazionale » tra il 1914 e il 1924.

(93) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 101.

(94) Ivi, p. 103 e s.

(95) Ivi, p. 122 e s.

(96) D. ANZILOTTI, *La formazione del Regno d'Italia nei riguardi del diritto internazionale*, in « Rivista di diritto internazionale », 1912, p. 1 e ss. e S. ROMANO *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, ivi, p. 345 e ss., poi in ID., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 397 e ss.

già in corso da tempo» (97). Nelle pagine di entrambi gli studiosi risuonavano echi più o meno espliciti alla vicenda libica e alla limitata penetrazione italiana in quelle regioni (98), e non mancavano le analogie tra le rispettive analisi. Romano contestava ad Anzilotti il riconoscimento di efficacia giuridica e non solo di fatto della guerra, ma per entrambi la vicenda coloniale in atto segnava un superamento della visione volontarista e paritaria dell'ordine giuridico internazionale e della tesi per cui solo la comune volontà degli Stati conferisse validità a un'annessione, ammettendo ipotesi di 'estensioni della sovranità' per occupazione bellica anche in assenza di *debellatio*.

L'indemanamento e la concessione di fondi, le forme della proprietà fondiaria, il finanziamento dell'azione colonizzatrice, il lavoro indigeno e gli altri temi della colonizzazione di «popolamento» (99) riproposero *topoi* risalenti e riportarono all'attenzione dei giuristi una questione agraria che ancora accendeva conflitti nelle campagne italiane. Nella temperie nazionalista di quegli anni, il ripensamento dei rapporti tra colonizzazione ed emigrazione eclissava la dimensione individuale di uno *ius migrandi* «giocato contro l'appartenenza nazionale» (100), vedendo in quei movimenti di popolazione un 'esercito demografico di riserva' da arruolare nell'espansione dello Stato-nazione, e ritornava a circolare una idea di colonizzazione demografica a fini di controllo e neutralizzazione del

---

(97) MANGONI, *Giustizia e politica*, cit., p. 308, con riferimento a COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 97 e ss. È ancora L. Mangoni a rilevare come Romano — appartenente a «una generazione formatasi sui temi del revisionismo risorgimentale e su una cultura politica [...] non più volta a prolungare un rapporto ideale con le generazioni e la temperie risorgimentale» — nel suo contributo «tradusse [...] in termini giuridici l'interpretazione, ormai largamente acquisita di Alfredo Oriani dell'Unità italiana come prodotto di conquista regia». L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in *I giuristi e la crisi dello stato liberale*, cit., p. 44.

(98) V. ad es. ANZILOTTI, *La formazione del Regno*, cit., p. 11 e ROMANO, *I caratteri giuridici*, cit., p. 416.

(99) Nel 1927, forse anche per legittimare la limitata penetrazione italiana in quei territori, MONDAINI, *Manuale di storia e legislazione coloniale*, cit., p. 331 e s., definì la Libia come colonia di un «popolamento da realizzarsi attraverso la sostituzione dell'emigrante italiano all'indigeno nella regione costiera ed il progressivo respingimento di quest'ultimo verso l'interno».

(100) CAZZETTA, *Patria senza territorio?*, cit., p. 159.

conflitto interno <sup>(101)</sup> che trovava conferma nella distribuzione oltramarina delle terre a quegli stessi contadini che nel Regno vedevano represses le proprie istanze e mobilitazioni. Razza e civiltà si ritrovano accomunate nel dibattito intorno al lavoro quale fattore di legittimazione della colonizzazione, opponendosi la laboriosità del colonizzatore alla ‘connaturata’ pigrizia del colonizzato, e l’incardimento del regime fondiario coloniale su costrutti giuridici alimentati dalle cause profonde del dominio coloniale si rivelò un importante fattore di continuità tra il colonialismo liberale e quello fascista.

Ai racconti della commissione di imprenditori lombardi arrivati in Cirenaica alla fine del 1911, che dalle trincee di Bengasi dichiararono di vedere, a poca distanza, « delle colline tutte verdi [...] paragonabili a quelle della nostra Brianza », fecero da controcanto i resoconti delle commissioni inviate sei mesi dopo in quelle stesse terre dai ministri Nitti e Bertolini, in cui si leggeva che « Tripoli [...] porta in misura ancora più accentuata i difetti delle nostre regioni meridionali », e che lo stabilimento di contadini italiani in quelle zone avrebbe potuto realizzarsi solo « in misura lenta e ristretta » <sup>(102)</sup>. La complessità del regime fondiario ottomano, la necessità di incamerare terreni e le difficoltà che incontrava una rapida colonizzazione agricola di quelle regioni furono oggetto di attente indagini <sup>(103)</sup>, ma ottennero anche risposte drastiche e

---

<sup>(101)</sup> Si v. già F.S. NITTI, *La nuova fase dell'emigrazione d'Italia* (1896), in ID., *Scritti sulla questione meridionale*, a cura di A. Saitta, Bari, Laterza, 1958, spec. p. 382 e s. Si v. a riguardo V. AMOROSI, *Il lavoro come problema giuridico di ordine internazionale. Spunti dalle colonie d'Africa di primo Novecento*, in *Lontano vicino. Metropoli e colonie nella costruzione dello Stato nazionale italiano*, a cura di G. Bascherini e G. Ruocco, Napoli, Jovene, 2016, p. 145 e ss.

<sup>(102)</sup> Si v. A. DEL BOCA, *Gli italiani in Libia. Tripoli bel suol d'amore. 1860-1922*, Milano, A. Mondadori, 1993, p. 253 e s.

<sup>(103)</sup> È il caso, ad es., di G. Valenti, tra i maggiori esperti di economia agraria dell'epoca e membro della commissione Bertolini, per il quale quel « gran lembo del Mezzogiorno d'Italia » richiedeva quella « trasformazione e intensificazione delle colture » che, in patria, i governi non erano stati in grado di attuare e che, in colonia, necessitava, da una parte, di un indemanamento poggiate su un sistema di certificazione immobiliare accettabile dalle popolazioni locali e, dall'altra, di una colonizzazione agraria che associasse gli imprenditori nazionali e gli « industri » lavoratori indigeni. Cfr. G. VALENTI, *Gli studi sulla Libia*, Roma, Tip. Unione Ed., 1912. Su Valenti, si v., peraltro,

semplificistiche, poggianti su scarse conoscenze e distorte interpretazioni delle realtà locali e spesso su premesse dichiaratamente razziste<sup>(104)</sup>. Risposte che avrebbero trovato ascolto alla vigilia del fascismo, quando l'allora ministro delle colonie, il costituzionalista Luigi Rossi, pose le premesse normative per un'effettiva colonizzazione agricola della costa libica, velocizzando la costituzione di un demanio coloniale e ampliando le categorie di terreni indemaniabili, e questo mediante strumenti giuridici da anni reclamati dalle lotte contadine in patria, e mai applicati per timore di un'alterazione degli assetti della proprietà fondiaria, specie nel Meridione, e dei relativi rapporti di classe<sup>(105)</sup>.

L'incontro con il diritto musulmano di quelle ex province ottomane riaccese in patria il dibattito intorno ai rapporti tra ordinamenti e tra autorità temporali e spirituali. Il ruolo delle congregazioni religiose in quei territori e il mantenimento della

P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 295 e ss.

<sup>(104)</sup> Torsioni dell'espropriazione per pubblica utilità poggianti sul primato della *voluntas* coloniale e legittimate a partire da tendenziose riletture del diritto musulmano (G. CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria in Libia contenente in appendice la legislazione fondiaria ottomana tradotta e annotata e quella italiana*, Napoli, Jovene, 1914, p. 199 e ss.). Richieste di « un Sovrano Decreto che dichiarasse di proprietà dello Stato fin dal giorno della proclamazione della sovranità italiana in Libia tutti i beni immobili, a qualsiasi categoria essi appartengano », salvi i dimostrabili diritti di rivendicazione (A. FRANZONI, *Colonizzazione e proprietà fondiaria in Libia con speciale riguardo alla religione, al diritto ed alle consuetudini locali*, Roma, Athenaeum, 1912, risp. p. 26 e p. 175). Riproposizioni razziste della figura del soldato-colono, pioniere della colonizzazione e primo civilizzatore di popolazioni « letargiche », che avrebbero meritato di essere trattate nelle pagine dedicate alla fauna locale (P. VINASSA DE REGNY, *Libya italica: terreni ed acque, vita e colture della nuova colonia*, Milano, Hoepli, 1913, p. 176). V. ancora, CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico*, cit., p. 125 e ss.

<sup>(105)</sup> Il R.d. 1207/1921 puntava a una ripresa della colonizzazione agraria libica nel quadro di smobilitazione che seguì alla Grande Guerra e sarebbe stato portato a compimento nei primi anni fascisti dal neo governatore della Tripolitania G. Volpi, includendo le proprietà collettive tra i terreni incolti e favorendo un esproprio dei terreni generalizzato e a costi irrisori mediante l'attribuzione agli uffici fondiari della corrispondenza in via equitativa di eventuali compensi per particolari stati di fatto. Sulla colonizzazione agraria della Libia, cfr. ad es. L. MARTONE, *Proprietà musulmana e formazione del demanio italiano in Libia*, ora in ID., *Diritto d'Oltremare. Legge e Ordine per le Colonie del Regno d'Italia*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 107 e ss. e F. CRESTI, *Non desiderare la terra d'altri. La colonizzazione italiana in Libia*, Roma, Carocci, 2011.

supremazia spirituale del Sultano come Califfo prevista dal trattato di pace con la Turchia, per Gaetano Mosca, suggerivano di esporre in Libia la formula metropolitana « libera Chiesa in libero Stato allo Stato », nel tentativo di limitare l'influenza turca su quei quadranti <sup>(106)</sup>. Altri studiosi criticarono quelle previsioni in quanto conservavano al sultano turco una parte importante della giurisdizione indigena attraverso la nomina degli alti magistrati civili (*cadì*), laddove si sarebbe dovuto, piuttosto, « islamizzare il diritto coloniale » — adattare il diritto indigeno ai bisogni della colonizzazione, conservando forme compatibili con la precettistica islamica — e, al contempo appoggiare le rivendicazioni antiturche della Senussia e delle altre congregazioni arabe <sup>(107)</sup>.

La guerra e la colonizzazione libica solleccarono, inoltre, una riorganizzazione delle amministrazioni coinvolte nella colonizzazione <sup>(108)</sup>, riproposero l'esigenza di una miglior conoscenza delle realtà e dei diritti locali e riaprirono il dibattito sul ruolo del diritto nella colonizzazione e sull'autonomia o trasversalità del diritto coloniale. Si aprì, allora, una nuova fase degli studi giuridici <sup>(109)</sup>, in cui i rinnovati richiami ad un approfondimento dei temi coloniali si

---

<sup>(106)</sup> G. MOSCA, *Italia e Libia. Considerazioni politiche*, Milano, Treves, 1912.

<sup>(107)</sup> Oltre a A. MALVEZZI, *L'Italia e l'Islam*, cit., v. anche A. SOLMI, *Lo Stato e l'Islamismo nelle nuove colonie italiane*, in « Rivista di diritto pubblico », V (1913), p. 129 e ss.; F. FERRARA, *Il diritto islamico vigente in Tripolitania e Cirenaica*, in « Atti della Società italiana per il progresso delle scienze », V (1913), p. 199 e ss.

<sup>(108)</sup> Si tentò di istituzionalizzare la formazione del personale coloniale riformando il R. istituto orientale di Napoli (l. n. 800/1913) e si concentrarono competenze prima distribuite tra vari dicasteri e direzioni generali nel neoistituito ministero delle colonie (R.d. 1205/1912). Per G. MELIS, *L'istituzione e la prima esperienza del Ministero delle colonie in Italia (1921-1922)*, in « Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte », 2006, 18, p. 131, fu un « caso rarissimo di dicastero creato *ex novo* ». Si vedano inoltre S. BERHE, *Notabili libici e Funzionari italiani: l'amministrazione coloniale in Tripolitania (1912-1919)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2015, p. 30 e ss. e C. GIORGI, *L'Africa come carriera. Funzioni e funzionari del colonialismo italiano*, Roma, Carocci, 2012, p. 66 e ss.

<sup>(109)</sup> Sulla ripresa libica degli studi coloniali, cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico*, cit.; M.L. SAGÙ, *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, in « Clio », 1988, p. 573 e ss.; COSTA, *Il fardello*, cit., p. 169 e ss.; N. LABANCA, *La storiografia italiana sulle istituzioni coloniali*, in *Oltremare. Diritto e istituzioni dal colonialismo all'età postcoloniale*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, CUEN, 2006, p. 208 e ss.

univano ad inviti al disimpegno da formule straniere di comodo, alla ricerca di un modello patrio di colonizzazione e a una sistematizzazione del diritto coloniale che andasse oltre la mera esegesi delle legislazioni vigenti nei singoli possedimenti. L'incontro con gli ordinamenti di quei quadranti, non privi di legami con il diritto romano per il tramite di quello bizantino, dette un nuovo impulso anche alla comparazione. Alla diffusa indagine dei modelli stranieri di colonizzazione — « fruttuosa, perché l'assetto delle nostre colonie è ancora in via di sviluppo, ed è quindi utile studiare gli ordinamenti dati da popoli che ci precedettero nelle conquiste coloniali, e sono perciò più di noi esperti nella politica da seguirsi in tale materia »<sup>(110)</sup> — si affiancarono tentativi di una comparazione tra ordinamenti del colonizzatore e del colonizzato. È il caso ad es. di Evaristo Carusi, nella cui riflessione i richiami a Roma pur continuando a legittimare la colonizzazione apparivano orientati al contempo alla ricerca di un'interlocuzione tra ordinamenti mediterranei, di possibili ambiti d'integrazione dei diritti locali nell'orizzonte giuridico metropolitano<sup>(111)</sup>. Questa possibile « unità dei diritti mediterranei » era invece recisamente contestata da Pietro De Francisci, che rimarcava la distanza tra colonizzati e colonizzatori e l'« antistoricità » della ricerca di « un fondo comune ai diritti ariani e semitici », tra i quali più che « disparità », intercorrevano « opposizioni »: « se l'unità giuridica è oggi inattuabile [...] è segno evidente che essa non è mai esistita nemmeno nelle origini »<sup>(112)</sup>.

Negli anni della Libia giolittiana anche la giuspubblicistica prese ad interessarsi più organicamente alla colonizzazione, moltiplicando le pubblicazioni e gli insegnamenti dedicati alla materia e tentando sistematizzazioni del diritto coloniale coerenti con il rin-

---

<sup>(110)</sup> Così, ancora, ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 25, ma v. anche, ad es., SCHANZER, *L'acquisto delle colonie*, cit., p. 13 e ss., E. GIANTURCO, *Appunti di diritto pubblico coloniale*, Napoli, Morano, 1912, p. 5 e ss. e, in chiave 'anticoloniale', ARCOLEO, *Il problema coloniale*, cit., p. 27 e ss.

<sup>(111)</sup> Si v. E. CARUSI, *Il problema del diritto comparato, sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale*, Roma, Società Italiana per il Progresso delle Scienze, 1917, p. 8 e ss.

<sup>(112)</sup> P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine. Note critiche*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », III/IV (1921), p. 232 e ss. (per le citazioni, p. 245).

novato contesto ordinamentale del tardo liberalismo italiano. Si sviluppò un dibattito non occasionale o angustamente specialistico, che coinvolse importanti studiosi e che attesta una diffusa consapevolezza delle connessioni tra colonialismo e dinamiche metropolitane e del particolare ruolo che il progetto coloniale patrio intestava al diritto. Gli scritti giuscoloniali di quegli anni di autori quali Angiolo Mori, Romano e Borsi « riflettevano da presso la mentalità e gli ideali dell'epoca », ma continuarono a costituire un riferimento anche per il colonialismo fascista<sup>(113)</sup>. Fu il *Corso* romaniano del 1918<sup>(114)</sup>, tuttavia, al di là del taglio « prevalentemente didattico »<sup>(115)</sup>, a marcare uno scarto e ad offrire probabilmente la più lucida rifondazione del diritto coloniale, radicando la costruzione dogmatica negli interessi della colonizzazione e senza nascondere l'essenza ideologica.

Calato nella traiettoria intellettuale romaniana del tempo, quel *Corso* e le poche altre pagine dedicate alle colonie confermano la qualità della riflessione romaniana in materia ed i nessi che la connettono alle elaborazioni intorno alla pluralità ordinamentale e alla edificazione dello Stato amministrativo, dando corpo a una ricerca su uno spazio e un diritto « ai margini e al di là dello Stato »<sup>(116)</sup>, connotati da una *specialità* « che mentre da un lato

<sup>(113)</sup> SAGÙ, *Alle origini*, cit., p. 593. Per A. MORI, *Il concetto giuridico di colonia e le sue recenti formulazioni nella dottrina italiana*, Roma, Tipografia dell'Unione Editrice, 1919, p. 23 e ss. era la 'combinazione di inferiorità' (nella civiltà delle popolazioni e nell'utilizzazione del territorio) che determinava il *proprium* della situazione coloniale e ingenerava nel colonizzatore un dovere di civilizzazione della colonia; per U. BORSI, *Studi di diritto coloniale*, Torino, F.lli Bocca, 1918, p. 6 e ss., era piuttosto il tipo di ordinamento che determina la qualità di colonia, mentre per ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 8 e ss., era solo il trattamento giuridico che la metropoli riserva a un territorio a definire una colonia, e per entrambi la civilizzazione della colonia non costituiva un fine della colonizzazione, ma soltanto una sua indiretta ed eventuale conseguenza.

<sup>(114)</sup> Quattro anni prima del *Corso*, Romano aveva già redatto una prima sintesi organica in materia coloniale per il capitolo conclusivo del suo *Italienische Staatsrecht*. Si v. S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, a cura di A. Romano, Milano, Giuffrè, 1988, p. 431 e ss.

<sup>(115)</sup> A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 179.

<sup>(116)</sup> GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 110.

limita la portata della tesi che si è sostenuta, dall'altro serve a confermarla » (117).

Romano riconosceva senza infingimenti la strumentalità delle retoriche civilizzatrici e della specialità giuscoloniale a una regolazione duale del fenomeno coloniale. Lo scarto di civiltà « si deve intendere in modo del tutto relativo », senza neppure escludere « che esso, per quanto informi il diritto positivo, possa non corrispondere alla natura delle cose » (118); la specialità, corollario di quelle retoriche, ammetteva il ricorso all'analogia tra colonie e tra metropoli e colonie, ma non viceversa, poiché « [p]er l'interpretazione [...] del diritto della metropoli, non si può usufruire il diritto coloniale » (119). Al contempo, per Romano, quella specialità improntava la relazione tra metropoli e colonie a una « mancanza di fusione » (120), ma comunque interna all'ordinamento dello Stato, che nei due spazi intratteneva rapporti diversi con i suoi elementi costitutivi. In patria, il territorio era oggetto di un diritto « su uno dei suoi elementi », in colonia « di un diritto reale pubblicistico » (121); al di là della « varietà » degli *status* di suddito coloniale, era « indispensabile » distinguere tra colonizzati e colonizzatori, in particolare qualora « gli indigeni siano di razza diversa dagli abitanti della metropoli » (122). Anche il « potere sovrano assumeva un carattere diverso » nei due spazi, distinguendosi la 'costituzionalità' del governo metropolitano dalla 'patrimonialità' di quello coloniale (123), dove le esigenze di « speditezza » normativa rendevano « costante » (124) la prevalenza dell'esecutivo, e la stessa « amministrazione della giustizia [...] ha, in certi momenti, un fine governativo

---

(117) S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in ID., *Scritti minori. Vol. I. Diritto costituzionale*, rist. Milano, Giuffrè, 1990, p. 214.

(118) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 10. Cfr. a riguardo COSTA, *Il fardello della civilizzazione*, cit., p. 173, per il quale Romano, con « disincantato 'realismo' », recupera « come 'fictio' » la separazione tra civiltà e inciviltà per legittimare la colonizzazione.

(119) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 23.

(120) Ivi, p. 103.

(121) Ivi, p. 122 e s.

(122) Ivi, p. 125.

(123) Ivi, p. 103 e s.

(124) Ivi, p. 140.

[...] perché, più che il mantenimento dell'ordine giuridico obiettivamente considerato, ha lo scopo del mantenimento dell'ordine pubblico, che in astratto rientra nella competenza del potere esecutivo »<sup>(125)</sup>.

Negli spazi coloniali, trovava dunque conferma il « delicato compromesso che Romano ha cercato d'intessere fra l'esigenza pluralistica posta dai fatti e l'ideologia autoritaria della scuola gius-pubblicistica italiana »<sup>(126)</sup>. Concepiti come spazio di un'ontologica subordinazione, al riparo da ogni mediazione politica e sociale, gli spazi coloniali esaltavano quella trasformazione che l'amministrazione veniva conoscendo agli inizi del Novecento, riscoprendosi portatrice di una 'primordialità' del potere pubblico statale a cui « l'ordine istituzionistico » romaniano offrì « fondamento teorico » e che rappresentò un importante elemento di continuità tra l'età liberale e quella fascista<sup>(127)</sup>. In patria, l'amministrazione si propone quale centro di una « sviluppata attività sociale dello Stato »<sup>(128)</sup>, orientata a una mediazione diretta a preservare la sovranità dello Stato-persona, neutralizzando le pressioni conflittuali e disgreganti di una 'politica' ben altrimenti 'organizzata' rispetto al passato e assorbendo nei dispositivi della statualità i soggetti e gli interessi emergenti<sup>(129)</sup>. In colonia, quella dimensione 'politica' viene negata: non c'è nessuna mediazione da fare, poiché rilevano solo gli interessi

<sup>(125)</sup> Ivi, p. 152.

<sup>(126)</sup> S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971, p. 184.

<sup>(127)</sup> M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello stato liberale*, cit., p. 345 e s., ma si v. anche C. PAVONE, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini* (1974), ora in ID., *Gli uomini e la storia. Partecipazione e disinteresse nella storia d'Italia*, a cura di D. Bidussa, Torino, Bollati Boringhieri, 2020, p. 51 e ss. per il quale « il problema della continuità dello Stato non si pone soltanto a proposito del passaggio dal fascismo alla Repubblica, ma va affrontato su un più lungo periodo, quale problema di continuità *attraverso* il fascismo » (p. 55).

<sup>(128)</sup> S. ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Soc. Editrice Libreria, 1897, I, p. 215.

<sup>(129)</sup> Cfr. ad es., A. DE NITTO, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 ed inizi '900 in Italia. Alle origini del problema della 'crisi dello Stato'*, in questi « Quaderni », 11/12 (1982-1983), spec. p. 664 e ss. e C. PINELLI, *La costituzione*

dello Stato colonizzatore, mentre la patrimonialità ritrova la sua logica di dominio e l'amministrazione riscopre il suo « vecchio nucleo autoritativo »<sup>(130)</sup>.

Romano non faticò ad integrare il fenomeno coloniale nel suo istituzionalismo; come per la metropoli, decisivo era l'elemento patrimoniale, inteso come spazio di una relazione tra diritto, economia e società. In entrambi gli ambiti, la patrimonialità rimetteva l'amministrazione al centro dei rispettivi ordinamenti e mirava a conservare integra la sovranità dello Stato-persona. Nella metropoli, *patrimoniale* era il « diritto pubblico »<sup>(131)</sup>: chiamato a regolare « il nuovo e complesso fascio di rapporti tra Stato e cittadini avente prevalente contenuto economico-patrimoniale », secondo logiche diverse da quella paritetica e negoziale tipica del diritto e della società del codice civile, per rispondere alle trasformazioni economico-sociali in atto e a un pluralismo conflittuale, le cui pressioni avrebbero potuto portare al collasso la stessa teorica dello Stato-persona<sup>(132)</sup>. In colonia, invece, come accennato, *patrimoniale* era la « potestà statale », che ritrovava oltremare l'« antico » elemento del governo nel puro interesse dello Stato<sup>(133)</sup> e, con esso, « il principio fondamentale del diritto proprietario secondo il quale il dominio definisce il rapporto tra un soggetto e un bene ad esso esterno »<sup>(134)</sup>.

Le pagine del *Corso* dedicate alle colonizzazioni straniere confermano il realismo e la sensibilità storica dell'analisi. I positivi apprezzamenti del colonialismo britannico non si legano alle diffuse fascinazioni imperiali quanto all'adattabilità dei suoi sistemi di governo, alla rispondenza tra quei sistemi e i meccanismi patri di *common law* e *self government*<sup>(135)</sup> e, soprattutto, alla capacità di

---

di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana, in « Rivista AIC », 2012, 2, p. 5 e ss.

(130) FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione*, cit., p. 32.

(131) ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 138.

(132) Così FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione*, cit., p. 30 e s., ma v. anche GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 67 e ss.

(133) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 104.

(134) M. MONTANARI, *Santi Romano: la politica tra « spazio » e « immaginario »*, in *I giuristi e la crisi dello stato liberale*, cit., p. 366.

(135) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 108 e ss.

quella colonizzazione di trasformare la Gran Bretagna in una potenza moderna e di dare vita a « un'istituzione politica, che sorpassa oramai lo Stato che ne è il centro »<sup>(136)</sup>, evidenziando come, per Romano, il colonialismo fosse uno strumento di espansione utile, in quanto « allargava i confini » dello Stato, ma « insufficiente », poiché non realizzava « un'espansione dello Stato *oltre* se stesso », ormai possibile solo esercitando lo Stato un'egemonia culturale « entro la compagine di altri Stati suoi pari nel grado di sviluppo »<sup>(137)</sup>.

6. *La Libia in Italia. Le riforme del 1912 e la fine della stagione liberale.*

Il carattere nazionale e di massa che assunse la guerra di Libia, il forte investimento politico sull'espansione coloniale e il tentativo giolittiano di trasferire in quei quadranti la « grande Proletaria » intrecciarono quelle vicende coloniali più a fondo di quanto usualmente si rilevi alle dinamiche allora in atto nella Penisola.

La vocazione demografica del progetto coloniale libico se, per un verso, riportò a tema quel 'problema della terra' rimasto irrisolto nel Regno, per altro verso collegò quella colonizzazione alla coeva riscrittura della normativa in materia di cittadinanza (L. n. 555/1912), evidenziando i limiti di una diffusa lettura dello *status civitatis* patrio, lungamente ritenuto « immune [...] da quella particolare modalità di nazionalizzazione della cittadinanza consistente nella sua etnicizzazione (*razzizzazione*) »<sup>(138)</sup>, e che, coerentemente con una interpretazione parentetica del fascismo, finisce per intestare al regime mussoliniano ogni discorso e pratica razzista, come se questi non avessero radici nella società e nella cultura del Paese. Una sorta di « timore reverenziale »<sup>(139)</sup> a intervenire sul Codice del 1865 aveva contribuito a ritardare la riforma di una cittadinanza che

<sup>(136)</sup> S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, in ID., *Scritti minori. Vol. I*, cit., p. 424.

<sup>(137)</sup> Ivi, p. 431 e s. Si v. a riguardo SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., p. 178.

<sup>(138)</sup> A. BURGIO, *La guerra delle razze*, Roma, Manifestolibri, 2001, p. 74.

<sup>(139)</sup> G. TINTORI, *Cittadinanza e politiche di emigrazione nell'Italia liberale e fascista*, in *Familismo legale. Come (non) diventare italiani*, a cura di G. Zincone, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 67.

evidenziava le sue carenze dinanzi a una sempre più massiccia emigrazione, complicando la vita dei lavoratori italiani all'estero ed entrando facilmente in conflitto con le normative dei paesi di immigrazione. Nel 1865, la circolazione sanguigna della cittadinanza era stata funzionale a garantire l'omogeneità culturale del popolo e la sua lealtà al nuovo sovrano, legando organicisticamente gli individui a formazioni sociali fondamentali (Stato e famiglia) edificate attorno a vincoli gerarchici affini, parentali e patriarcali<sup>(140)</sup>. Nel 1912, la ribadita prevalenza dello *ius sanguinis* se, per un verso, continuava a legare gli emigrati e i loro discendenti alla patria, per altro verso, esaltava un'appartenenza di sangue e di razza che alimentava a sua volta le retoriche della colonizzazione e metteva distanza tra cittadini/colonizzatori e sudditi/colonizzati.

In questa chiave, il confronto tra le discipline metropolitane della cittadinanza e le normative in materia di condizione giuridica dei nativi delle diverse colonie conferma la gerarchizzazione razziale dei soggetti coloniali, ai quali si attribuirono *status* differenti, variabili a seconda del grado di civiltà imputato al singolo possedimento e del progetto coloniale immaginato per esso, ma comunque accomunati dalla irriducibilità della distanza tra suddito e cittadino. Se le parziali e strumentali aperture in tal senso caratterizzanti i c.d. Statuti libici vennero rapidamente superate in età fascista, simili dispositivi differenziali su base razziale erano già all'opera dai tempi della colonizzazione crispina del Corno, come evidenziavano, ad es., le discipline della condizione giuridica dello straniero in colonia, 'assimilato' al colonizzatore o al colonizzato a seconda che provenisse da uno Stato 'civilizzato' o 'da civilizzare'<sup>(141)</sup>.

Da questa prospettiva, una significativa cartina al tornasole

---

(140) Si v. a riguardo BANTI, *La nazione del Risorgimento*, cit., p. 168 e s. e ivi il rimando all'intervento di Mancini, per il quale « L'uomo nasce membro di una famiglia, e la nazione essendo un aggregato di famiglie, egli è cittadino di quella nazione a cui appartengono il padre suo, la sua famiglia. [...] E sia lode al novello Codice, il quale ha reso omaggio a questo grande principio pronunciando essere italiano chi nasce, in qualunque luogo, da padre italiano, cioè di famiglia italiana ».

(141) Nel R.d. n. 201/1894, sul riordino giudiziario della Colonia Eritrea, con il termine « assimilati » s'indicava « chiunque appartenga a stirpi originarie d'Europa le quali abbiano con gli europei somiglianza di civiltà » (art. 113); nell'ordinamento giudiziario eritreo del 1908 (R.d. n. 325) si rovescia l'impiego del termine, ed è

delle relazioni che nell'esperienza italiana legarono cittadinanza, razza e colonizzazione è offerta dalle politiche di controllo della sessualità 'interrazziale' e dalle discipline in materia di unioni miste e condizione giuridica dei c.d. « meticci ». Già le normative della stagione liberale riaffermarono la natura patriarcale della cittadinanza italiana, evidenziando il rilievo che assumeva l'intreccio di discriminazioni razziali e di genere nel governo dei soggetti coloniali. Furono le norme del codice eritreo del 1909, mai entrate in vigore, a orientare la prassi e la giurisprudenza coloniale in materia fino alla proclamazione dell'impero fascista. Le unioni miste erano sottoposte ad autorizzazione del governatore della colonia, la quale « non sarà accordata se non in casi assolutamente eccezionali, quando trattisi del matrimonio di un suddito coloniale con una cittadina o straniera » (art. 71). I discendenti di queste unioni acquistavano la cittadinanza solo se riconosciuti dal padre cittadino, come nella metropoli, ma in colonia il cittadino poteva riconoscere i figli « meticci » senza doverne sposare la madre indigena (art. 209). Al contempo, a conferma della complessità dell'intreccio tra genere e razza nella vicenda coloniale, la cittadina italiana che avesse sposato un suddito coloniale, non avrebbe necessitato in alcun caso di autorizzazione maritale, non avrebbe perso la cittadinanza e avrebbe conservato la « patria » potestà sui figli (artt. 146, 232 e 253). Il fascismo progressivamente interdisce ai « meticci » l'accesso alla cittadinanza e criminalizzò le unioni miste, nella prospettiva di un segregazionismo fondato su dispositivi giuridici di esclusione dalla piena cittadinanza che si sarebbero presto riprodotti nella legislazione razziale metropolitana <sup>(142)</sup>.

La guerra di Libia si legò, soprattutto, all'altra rilevante ri-

---

« considerato come assimilato lo straniero che appartenga ad una popolazione la quale non abbia civiltà in grado simile a quella europea ».

<sup>(142)</sup> Oltre a COSTA, *Il fardello della civilizzazione*, cit., p. 221 e ss., cfr. ad es. B. SORGONI, *Parole e corpi. Antropologia, discorso giuridico e politiche sessuali interrazziali nella colonia Eritrea (1890-1941)*, Napoli, Liguori, 1998; G. STEFANI, *Colonia per maschi. Italiani in Africa Orientale: una storia di genere*, Verona, Ombre corte, 2007; N. POIDIMANI, *Difendere la 'razza'. Identità razziale e politiche sessuali nel progetto imperiale di Mussolini*, Roma, Sensibili alle foglie, 2009. Si vedano inoltre F. DI PASQUALE, *Civilizzare le civilizzatrici*, M. DI BARBORA, *Colonialismo e identità nazionale di genere tra fascismo ed età repubblicana*, e N. POIDIMANI, *Ius Sanguinis. Una prospettiva di genere su*

forma di quell'anno, l'allargamento del suffragio operato dalla L. 666/1912, ed entrambe contribuirono a segnare l'inizio della fine del giolittismo e dello Stato liberale<sup>(143)</sup>. Nel dibattito parlamentare che accompagnò quella riforma elettorale da più parti si levarono richiami ai nessi tra quella guerra 'nazionale' e l'allargamento del suffragio. Alla Camera, fu Sonnino, tra gli altri a rimarcare come quell'ampliamento dell'elettorato costituisse un « atto di fede » nei confronti dell'« alto senso politico » e nel « patriottismo [...] senza distinzione di classe » che gli italiani avevano manifestato in occasione del conflitto<sup>(144)</sup>; al Senato, analoghi nessi furono evidenziati da Leopoldo Franchetti, « lieto di dare il voto favorevole al progetto di legge, confidando che la nazione saprà fondersi in una grande massa d'acciaio », perché « la vittoria nell'attuale guerra imporrà nuove necessità e si dovrà combattere ancora e molto », e « [s]otto questo aspetto, il disegno di legge ha una grande importanza e si connette alla posizione dell'Italia nell'Europa e nel Mediterraneo »<sup>(145)</sup>. Ma la guerra di Libia non ridisegnò gli spazi della politica italiana solo in ambito elettorale. Quel conflitto segnò, infatti, anche l'avvio di una radicale ridefinizione dei rapporti tra politica e cultura. Tramontò l'idea d'intellettuale e di organizzazione culturale che si era venuta articolando tra il Risorgimento e la crisi di fine secolo, e che, variamente animata da un intento di 'riforma morale e civile', aveva sviluppato una critica interna e 'organica' alla politica<sup>(146)</sup>. Una critica orientata nelle sue componenti più pro-

---

*razzismo e costruzione dell'italianità tra colonie e madrepatria*, in *Quel che resta dell'impero*, cit., risp. pp. 169, 191 e 209 e ss.

<sup>(143)</sup> V. già G. CAROCCI, *Giolitti e l'età giolittiana*, Torino, Einaudi, 1961, p. 138 e ss.

<sup>(144)</sup> « In un momento storico che reclama l'unione di tutte le energie nazionali per un'opera vigorosa e coraggiosa di auto-elevazione civile all'interno, di difesa e di irradiazione all'estero, questa legge, che stiamo per bandire, rappresenta un vero atto di fede nel patriottismo degli italiani, senza distinzione di classe, fede ben giustificata dalla prova di alto senso politico datoci dall'intera popolazione in occasione della guerra di Libia ». *A.P.*, 1912, XXIII legislatura, I sessione, Discussioni, Tornata del 3 maggio 1912, p. 19001.

<sup>(145)</sup> *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 151 (27 giugno, 1912), p. 3832.

<sup>(146)</sup> Oltre ad ASOR ROSA, *La cultura*, cit., p. 5 e ss., e CARPI, *Egemonia moderata*, cit., p. 431 e ss., si v., tra i recenti lavori, M. VERGA, *Una « minoranza esigua e virtuosa »: intellettuali e storia d'Italia*, in *L'Italia come storia*, cit., p. 233 e ss.

gressive a mediare e, in parte, integrare i conflitti sociali in atto mediante un qualche allargamento della base politica di un sistema di governo che, tuttavia, ai primi lustri di Novecento, appariva radicalmente rimesso in discussione da una pluralità d'istanze, di soggetti e di forme organizzative che alimentavano a loro volta processi di frammentazione del potere.

Che quella guerra coloniale segnasse un passaggio storico per lo Stato e per la società, fino a investire le stesse esperienze individuali, fu chiaramente percepito, secondo le diverse sensibilità, già dai contemporanei. Pochi giorni dopo la firma del trattato di pace con la Turchia, Pasquale Villari scrisse di una storia universale che si veniva dipanando attraverso la guerra; « il XX è il secolo delle colonie »; la guerra di Libia aveva riportato l'Italia nel *mare nostrum* e « contribuì[to] alla formazione del carattere nazionale » di un Paese ancora giovane e in formazione, coagulando un « sentimento profondo » destinato a « costituire definitivamente la nazione » e, per ciò, a tacitare ogni obiezione alla guerra <sup>(147)</sup>. Giovanni Pascoli, ne *La grande Proletaria si è mossa. Discorso "per i nostri morti e feriti"*, tenuto un mese dopo Sciarra Sciat, rimescolava le retoriche demografiche con richiami all'onore nazionale e alla romanità di quelle terre, spostando « il concetto di 'proletario' dalle classi alle nazioni », dando corpo a quel « concetto di nazione proletaria » di cui si alimenterà il nazionalismo patrio, per il quale 'nazione' rimanda a un'unità di vita collettiva: tradizione, organizzazione e, dunque gerarchia; corpo unitario che si contrappone alle divisioni di classe e di partito e che si protende all'espansione internazionale <sup>(148)</sup>. Le *Canzoni della Gesta d'oltremare* di Gabriele D'Annunzio proposero con altri toni un analogo impasto di nazione, cristianità, romanità, sacrificio, e orientalismo, in una celebrazione del riscatto e della potenza di un'Italia rinnovata dalla guerra. Giuseppe Prezzolini e Giovanni Papini aderirono enfaticamente, fino all'esaltazione della guerra in sé, a quel conflitto coloniale, in cui vedevano l'epifania di una rinnovata coscienza nazionale; Giovanni Amendola

---

<sup>(147)</sup> P. VILLARI, *Dopo la guerra*, in « Corriere della Sera », 24 ottobre 1912, cit. in CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico*, cit., p. 9.

<sup>(148)</sup> È il giudizio di GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, cit., vol. I, risp. p. 205 e p. 209.

vi intravide, invece un « dramma morale », in cui per la prima volta il Paese manifestava « altamente la volontà di vivere come nazione ». Una prova che accomunava Stato e società, popolo, intellettuali e classe dirigente, e nella quale dimostrare le qualità morali necessarie a un'Italia rinnovata e risollevata dal « ristagno della vita pubblica »<sup>(149)</sup>. Renato Serra, nel suo *Partenza di un gruppo di soldati per la Libia* (1912), vide in quella guerra il « fallimento della democrazia »: una partenza che, travolti « i feticci materiali e meschini dell'ultima generazione », « si lasciava alle spalle lo Stato liberale », in vista di un ritorno dagli esiti imprevedibili<sup>(150)</sup>.

Nel 1912, la guerra e la riforma elettorale chiamarono i giuristi, e non solo, a fare i conti con un nuovo soggetto sociale, la classe, e con una nuova versione dell'idea di nazione rispetto al canone risorgimentale, determinando importanti mutamenti nei rapporti tra Stato, società e nazione. Dinanzi a quei mutamenti, il pluralismo giuridico messo in campo dalla giuspubblicistica incarnò un tentativo di adeguare le proprie categorie tenendo fermi i contenuti della statualistica liberale ottocentesca<sup>(151)</sup>, contribuendo all'affermazione della centralità e della 'originarietà' dello Stato nell'esperienza costituzionale italiana, erigendolo a sovrano e situandolo « in un presente storico orgogliosamente identificato con la modernità »<sup>(152)</sup>. In quella situazione, lo spazio coloniale divenne il luogo di un pluralismo 'arretrato', da gestire con gli strumenti del puro *dominium* premoderno, di una « accentuazione del momento Stato » e, al contempo, il banco di prova di una nazionalizzazione

---

<sup>(149)</sup> G. PREZZOLINI, *Italia 1912*, Firenze, Vallecchi, 1984; G. PAPINI, *La guerra vittoriosa* (*La Voce*, 19 ottobre 1911), in *La cultura italiana del '900 attraverso le riviste*, III, « *La Voce* » (1908-1914), a cura di A. Romanò, Torino, Einaudi, 1972, p. 385 e s. e G. AMENDOLA, *La guerra* (28 dicembre 1911), ivi, p. 399 e ss.

<sup>(150)</sup> Cfr. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico*, cit., p. 50 e ss. e BORSI, *Costituzionalismo 1912-1913*, cit., p. 339 e ss.

<sup>(151)</sup> Si v. ad es. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 20, per il quale la « lacunosità » delle « costituzioni moderne [...] » è un bene, giacché in tal modo è possibile che la lotta che sembra dirigersi, nell'attuale momento contro di esse, assuma diverso carattere ». E « i nuovi edifici » costruiti nell'« evolversi dell'attuale vita sociale [...] » non contrasteranno con la solida e severa architettura dello Stato moderno, ma poggeranno sulle sue stesse basi e ne costituiranno parti integranti ».

<sup>(152)</sup> BORSI, *Costituzionalismo 1912-1913*, cit., p. 5.

delle masse ai fini della loro integrazione politica. La guerra di Libia inaugurò culturalmente il fascismo, aprendo una stagione della storia e della cultura italiana, giuridica e non, che per temi, contenuti e forme organizzative si dipanò attraverso altre guerre (il primo conflitto mondiale, l'Etiopia, la Spagna, il secondo conflitto mondiale) in « una sostanziale, organica continuità » fino alla stagione fascista. Una stagione in cui il 'fatto bellico', l'imporsi della guerra quale momento di unità, solidarietà e rinascita nazionale, cancellava ogni spazio di dissenso e mutava il modo degli intellettuali di percepire il proprio ruolo, inducendoli a ripensare la tendenza, tipica del pensiero italiano, a caricare il discorso culturale di un significato politico <sup>(153)</sup>.

---

<sup>(153)</sup> Così L. MANGONI, *L'interventismo della cultura. Intellettuali e riviste del fascismo*, Bari, Laterza, 1974, p. 5 e s.



FLORENCE RENUCCI

LEGAL PLURALISM AT THE HEART OF A UNITARY LAW.  
FRENCH COLONIAL AND POST-COLONIAL SITUATIONS  
(19TH-20TH CENTURY) (\*)

1. Classical pluralism: the organization of relations between the state and native laws in the French colonial empire. — 2. The « new pluralism »: highlighting the increasing complexity of legal relationships. — 3. The persistence of legal pluralism in France. — 4. Pluralistic laboratories in France: a history of missed appointments. — 5. Conclusion.

Post-revolutionary <sup>(1)</sup> France is a monistic country where the laws, supreme sources, apply in theory to all in a unitary and egalitarian way while being imposed from top to bottom <sup>(2)</sup>. French law would thus constitute a counter-model of pluralism since the latter is characterized by a heterogeneity of the producers of law, of

---

(\*) I would like to kindly thank Didier Torny for his proofreading and comments on earlier versions of this text, as well as for his help in translating it into English.

<sup>(1)</sup> This very contemporary perception of French law will not fail to make the historians smile, for whom the Kingdom of France was, for centuries, pluralist, with very diverse customs applying until the French Revolution of 1789. There is a plethora of works on questions of customs under the Ancien Régime, by historians and legal historians. They obviously deal with questions of the writing down of customs, their mutations and survivals, as well as with questions of conflicts of customs and the way in which individuals or social groups appropriate them.

<sup>(2)</sup> It is true, however, that legicentrism has been altered recently by the right of any citizen since March 2010 to challenge a law through priority questions of constitutionality (QPC in French). Cfr. G. TUSSEAU, *La fin d'une exception française*, in « Pouvoirs », 2011, pp. 5-17; F. CHALTIEL, *L'avènement de la QPC en France: du splendide isolement à la spécificité maintenue*, in « Les Petites affiches », 5 mai 2011, p. 39.

the legal ordinances in presence<sup>(3)</sup> and the existence of more horizontal relations<sup>(4)</sup>. This article takes the opposite view of this *doxa*. I will demonstrate that France, essentially through its colonial empire, has been a pluralist state. It has been and still is, because the colonial empire has not been the only source of pluralism in France. However, yesterday as today, this pluralism is invisibilized by monism and centralization zealots.

That being said, what kind of pluralism are we dealing with? The historiography has first focused on one form of pluralism: that which is perceived through the action of the colonial authorities, and thus of the state. The authorities wished to maintain part of the native legal and judicial systems in force that coexisted with French norms imported and adapted in the French empire. They established the instruments of this pluralism through separate or mixed jurisdictions, through systems of options, etc. This form of pluralism is the one that was already discussed during the colonial period. Admittedly, the term « pluralism » was not widely used at the time, but the reality it encompassed was widely known, taking on various meanings that sometimes originated in French history: « personality of laws », « plurality of rights », etc.

This perspective, which still generates very interesting work today, does not take into account the diversity of forms of pluralism. The evolution of studies on pluralism at the international level opens up avenues that have been little explored for French colonial legal history. To put it briefly, classical legal pluralism focused essentially on the superposition of the systems coming from the colonizers and the systems in place locally, and then emphasized the domination

---

<sup>(3)</sup> It is important to separate the notion of « legal orders » and « diversification of norms ». As Norbert Rouland reminds us, « each of us can choose a matrimonial regime, like a type of divorce » (diversification of norms). « On the other hand, when a couple marries both in church and at the town hall, they enter a pluralist system. They submit themselves simultaneously to two legal orders whose contents may diverge » (N. ROULAND, *Le destin du pluralisme juridique*, in Id., *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998, p. 549).

<sup>(4)</sup> J. VANDERLINDEN, *Les droits africains entre positivisme et pluralisme*, in « Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'Outre-mer », 46 (2000), p. 2.

exercised by the colonizers in this framework <sup>(5)</sup>. In the 1980s, the new legal pluralism emerged in particular from the countries of the South. It focused on the interactions between different forms of orders (official and unofficial) in society — especially in social control <sup>(6)</sup>. In this frame, indigenous people were no longer perceived solely as « dominated » because they were themselves producers of rights, using those of the colonizers for their own benefit or choosing to ignore them. This framework also introduced a reflection on the norms produced at the transnational level by non-governmental organizations that, in this way, were self-regulating. Classical pluralism and new pluralism share the same way of thinking about legal encounters in terms of differences, confrontations, and avoidances, mostly leaving aside legal hybridizations and transplants.

These forms of pluralism did not cease when the former colonial territories gained their independence and consequently were freed from French sovereignty. With regard to the new pluralism, contemporary sociology has abundantly demonstrated how individuals or organizations create their own rules that will have legal consequences. They then enter into competition with the state, flourish in parallel or replace state norms. As for classical pluralism, it persists in France for multiple reasons. On the one hand, decolonization led to the repatriation to metropolitan France of a dispute that had its roots in the plurality of statutes that existed overseas. Not to mention the fact that colonial normative logics (maintenance of local law) have sometimes persisted in certain French overseas territories, such as New Caledonia. On the other hand, within the metropolitan territory itself, forms of legal singularities of regional,

---

<sup>(5)</sup> Cfr. R. SMANDYCH, G. LEE, *An Approach to the Study of Law and Colonialism: Toward a Native American Autohistorical Perspective on Legal Change, Colonization, Gender, and Resistance to Colonization*, in *Histoire de l'enfermement et des populations pénales*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1995, vol. 28, pp. 55-69.

<sup>(6)</sup> Cfr. the works of S. Henry (1983), B. De Sousa Santos (1987) and P. Fitzpatrick (1983), as well as the synthesis on the same period by S. Marry (*Legal Pluralism*, in « Law and Society Review », 22 (1988), pp. 869-896). On a more contemporary perspective of « new pluralism »: A. GESLIN, *Une brève historiographie du pluralisme juridique: quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques*, in « Clio@Themis », 15 (2019), online.

cultural and/or religious origins resist and are even officially recognized. These situations, whether postcolonial or not, have in common that they are legal laboratories invisibilized by the myth of republican unity and have been little duly noted for a lack of political will to fully invest them.

1. *Classical pluralism: the organization of relations between the state and native laws in the French colonial empire.*

Classical pluralism has been studied throughout the nineteenth and twentieth centuries, including during the colonial period, as it was a tangible and observable situation for anthropologists, but also a political and legal issue for jurists. Its origins predate the colonial period, whether one thinks of the expansion of Islamic currents or, more recently, of the first commercial exchanges of Europeans in sub-Saharan Africa (7). Similarly, it has developed in very diverse geographical areas, including North America with the colonization of New France from the sixteenth century (8).

During the Ancien Régime, French officials generally committed themselves to respecting specific local rights. This policy continued officially in the 19th and 20th centuries, including under republican governments. Despite this official respect, the norms locally in force (Islamic, Jewish, Hindu, sub-Saharan African customs, etc.) were subjected to a French rereading, particularly from the 19th century onwards: the colonizers settled with an intellectual mould and precise categorizations such as the separation between law and religion, which they projected onto the societies they discovered. These projections of the very notions of « law », « customs », etc. were eventually imposed and have persisted after the end of colonial rule, particularly in Africa. In this context, it is not surprising that researchers are currently talking about the « invention » or « reinvention » of norms and are proposing, for example,

---

(7) See, for example, B.A. N'GANDO, *Genèse de l'État et du droit au Cameroun (1472-1961)*, Paris, L'Harmattan, 2020.

(8) See the work of David Gilles on legal issues in New France. For example: *Essai d'histoire du droit de la Nouvelle-France à la Province de Québec*, Sherbrooke, RDUS, 2014.

to completely deconstruct the notion of « Islamic law »<sup>(9)</sup>; or that they are questioning the state's rejection of « customs » in Africa and are currently calling for a true decolonization of African laws<sup>(10)</sup>.

Although the official scope of this respect may have varied from one territory to another, it generally applies only or essentially to one very specific area: the rules known as « personal status », i.e. those concerning the status and capacity of persons. In other words, minority, majority, matrimonial bond and its rupture, guardianship and successions. This term « personal status », which came from Western international law, is relatively fluid in its colonial definitions and sometimes even encompasses contracts and obligations and property rights<sup>(11)</sup>. In addition to this maintenance of indigenous rules, there was the recognition of local judicial authorities such as *cadis*, village assemblies, rabbinical judges, etc.

In part of the French Empire, the preservation of personal status and related local jurisdictions was gradually reduced in favour of the law of the colonizer, particularly with the strengthening of the policy of assimilation. Thus, the law of succession was no longer subject solely to native laws, but also to French law when it came to property such as Frenchified or registered buildings. In Algeria, the rabbis lost their jurisdictional prerogatives in 1841 and those of the *cadis* were limited. In sub-Saharan Africa, customary courts were created, composed of native assessors and a president who was, in principle, the administrator, thus breaking the principle of separation of powers<sup>(12)</sup>. At the same time, there was a shift in the selection of indigenous judicial personnel according to criteria of loyalty rather than knowledge or skill. Until the late 1920s, the central government rarely intervened directly to change personal

---

(9) L. BUSKENS, B. DUPRET, *L'invention du droit musulman: Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique*, in *L'Orient créé par l'Orient*, Paris, Khartala, 2021, pp. 71-92.

(10) F. RENUCCI, *Les coutumes dans la fabrique des droits africains*, Paris, LGDJ, coll. « tiré-à-part », 2021.

(11) J.-C. CAREGHI, *Le statut personnel des Vietnamiens en Indochine*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 24-25.

(12) L. MANIÈRE, *Deux conceptions de l'action judiciaire dans les colonies. Magistrats et administrateurs en Afrique occidentale française (1887-1912)*, in « *Clio@themis* », 4 (2011), online.

status, preferring to leave it to the judges. Several governments subsequently made attempts to do so with the Berber dahir of 16 May 1930<sup>(13)</sup> in the French Protectorate of Morocco and the Mandel decree of 15 June 1939<sup>(14)</sup> in Sub-Saharan Africa.

The jurists and the colonial administration used multiple tools to modify native laws from within, notably the intellectual encirclement of legal knowledge: the colonizers translated and reorganized local legal sources and gave predominance to the written ones. They were unaware of the customs that were really applicable because they did not carry out large-scale ethnological surveys until late in the day<sup>(15)</sup>. The intellectual instruments of French law — such as codifications — were imported. These codifications of indigenous rights generally began as private initiatives. Two of these codifications, drafted on the initiative of local authorities, however, had a significant impact on the law. The first is the Tunisian Code of obligations written by the jurist David Santillana, which took the form of a mixed code. The second is the « Morand Code », which, written by the director of the Algiers Law School Marcel Morand, was intended to be an Islamic law code reworked using the techniques of the Santillana Code. If the first one, modified, is still in force, the second one, was never promulgated, but it served as a *corpus* of reference to the magistrates of the colonial period<sup>(16)</sup>.

This overview might lead one to think that the representatives of the colonial state, at their various levels of decision-making, patiently and slowly undermined the indigenous norms still in force without any intervention from the populations mainly concerned. The situation is more complex insofar as the autonomy of the will, as well as the legitimating character of native experts or scholars,

---

<sup>(13)</sup> Dahir du 17 hijra 1348 (16 Mai 1930), in « Bulletin officiel de l'Empire chérifien — Protectorat de la République française du Maroc », 30 May 1930, n. 918, p. 652.

<sup>(14)</sup> Décret du 15 juin 1939, in « Journal officiel de la République française », 16 juin 1939, p. 7606.

<sup>(15)</sup> Cfr. in particular: *Sociétés coloniales. Enquêtes et expertises*, in « Monde(s) », 4 (2013); B. DE L'ESTOILE, *Enquêter en situation coloniale*, in « Cahiers d'études africaines », 228 (2017), pp. 863-919.

<sup>(16)</sup> O. ARABI, *Orienting the Gaze: Marcel Morand and the codification of Algerian Muslim law*, in « Journal of Islamic Studies », 11 (2011), pp. 43-72.

were occasionally taken into account. The options of jurisdiction and legislation, for example, which still exist in Senegal and in Togo, allow non-citizens to bring their disputes before a French court and/or to be judged according to French law. For political reasons (domination and prestige oblige), this option is only possible in the sense of abandoning indigenous norms to adopt those of the colonizers. In this system based on an essentially cultural, social and/or racial hierarchy, a French citizen cannot ask to be governed by native laws and jurisdictions.

The study of classical legal pluralism thus logically leads to the assessment of a system in which state law has the last word and in which administrators and magistrates practice the internal erosion of indigenous rules in matters that they are supposed to respect legally. French law is theoretically in a situation of domination, which the use of colonial public order tends to confirm. When faced with a conflict of norms, this public order, according to which the law of the colonizing country prevails as a last resort, is applicable. However, an in-depth study of the case law nuances the observation that colonial law <sup>(17)</sup> is all-powerful and systematically goes in the direction of assimilation to the norms deemed superior by the colonizers <sup>(18)</sup>. It should be noted from the outset that court decisions were of fundamental importance in the colonial environment because they were the main source of conflict resolution, but also of many legal questions, due to the weakness of legislation. The magistrates, who had more leeway than in metropolitan France in the exercise of

---

<sup>(17)</sup> In this article, « colonial law » is understood in a broad sense, i.e. including both French law adapted to the colonies and native laws in the colonial empire, some of which have been transformed by the legal and administrative actors on the spot or by the proximity with other norms. This definition of « colonial law » could be discussed, but that in itself would deserve an article.

<sup>(18)</sup> The importance of judicial decisions, which is obvious to our Anglo-Saxon colleagues, is often underestimated in French historical research, perhaps out of mistrust or laziness towards the technicality of the law, perhaps out of a strict belief in the pyramid model or in the fact that the magistrate is merely the mouthpiece of the Law. However, jurisprudence is the law as it really applies in a given society, in a given temporality, to those subject to trial; it is an extremely lively law, sometimes contradictory, sometimes innovative. Moreover, it is the mirror of social practices, demands and histories.

their functions <sup>(19)</sup>, did not systematically favour French law over native law. Jurisprudence varies in time and space, as well as according to the judge's « intimate conviction ». The « intimate conviction » is a method of judgement which applies to French criminal law and allows magistrates to understand the act by all means of proof. However, in the colonial situation, it is also used in civil law and public law. It happens that magistrates render decisions not by following legal logic, but by taking into account primarily culturalist or sometimes racial aspects <sup>(20)</sup>.

The decisions of French courts in matters of mixed unions illustrate these fluctuations. Thus, in Algeria, in the case of marriages between French citizens and Native subjects (and therefore non-citizens), the judges, depending on the period, favoured assimilation of the wives to the status of their husbands or, on the contrary, maintained their status as citizens. Similarly, they may have recognized that the child, in the name of his or her interest, had the same status as his or her citizen mother. In these two cases, the judges thus disregarded the logic of French law as well as that of Islamic law, both of which favour assimilation to the status of the father and thus the patriarchal model. At the same time, for culturalist reasons, judges have sometimes stripped women of their citizenship because they exclusively live in an indigenous environment. To justify their actions, they present their citizenship as a discriminatory factor or as a status that does not fit with their actual lifestyle <sup>(21)</sup>. The fear of a lack of « spiritual adherence » to French law was also cited as a reason for not recognizing the status of French citizen for Native people when the legal reasoning was in their favour. In a decision of the Court of Appeal of Nîmes (thus a non-colonial jurisdiction), the judges evoked both racial and culturalist arguments to reject the inheritance rights of children born to a French colonial administra-

---

<sup>(19)</sup> This has been amply demonstrated by the work directed by Bernard Durand and Martine Fabre (*Le juge et l'Outre-mer*, Lille, CHJ éditions, 2004-2013).

<sup>(20)</sup> For example, when it comes to anthropometric expertise to determine the citizenship of an individual.

<sup>(21)</sup> Tribunal de Mytho (Indochina), 8 juillet 1925, in « Penant » (« P. »), 1926, I, p. 272.

tor and two African women (22). The commentary of this judgment written by the President of the Bar Association of Nîmes, Roger Valabrègue, also suggests purely pragmatic reasons (23). The representativeness of this decision is questionable because colonial jurisprudence has, for its part, tended to protect the native wife, or at least the children, by using, from the beginning of the 20th century, the notion of « abuse of right » to give effects to marriages recognized as void (so-called « putative » marriages (24)), in order to protect the children born of these unions (25). It is true, however, that this jurisprudence emanated from the Maghreb and Indochinese jurisdictions, and does not concern Sub-Saharan Africa.

2. *The « new pluralism »: highlighting the increasing complexity of legal relationships.*

This multiplicity and complexity of the jurisprudential answers were largely highlighted by Jean-Paul Charnay in his book entitled *La vie musulmane d'après la jurisprudence de la première moitié du XXe s.* (1965). This is not the only contribution of this book, which also presents the strategies of the litigants (26). J.-P. Charnay describes

---

(22) Cour d'appel de Nîmes, 17 juin 1929, in « P. », 1930, I, p. 54. The decision was confirmed in cassation (Cour de cassation (chambre des requêtes), 14 mars 1933, in « P. », 1933, I, p. 213) and heavily criticized by the colonial lawyer Henry Solus: note under the decision of 17 June 1929, in « Sirey », 1929, II, p. 129 and for the Cour de cassation, note under Cour de cassation, 14 mars 1933, cit., pp. 213-215.

(23) R. VALABRÈGUE, note under cour d'appel de Nîmes, 17 juin 1929, cit. p. 57.

(24) The marriage is recognized as void, but it still has effects. Indeed, if one or both spouses are in good faith, the judges recognize that it can have legal effects (notably on the status of children). It is then called « putative ».

(25) Cour d'appel d'Alger, 1er juillet 1872, in « Journal de Robe », 1872, p. 203; cour d'appel d'Alger, 26 mai 1879, in « Dalloz Périodique », 1881, I, p. 161; cour d'appel d'Alger, 13 février 1903, in « Revue algérienne de législation et de jurisprudence » (« RA »), 1904, II, p. 141; cour d'appel d'Alger, 5 avril 1906, in « RA », 1907, II, p. 233; justice de paix d'Alger, 13 mai 1914, in « RA », 1915, II, p. 208; cour d'appel de Saïgon, 11 juillet 1930, in « P. », 1931, I, p. 15.

(26) In English-speaking countries, these strategies are conceptualized under the name of « forum shopping » (« élection de juridiction » in French, but this French expression is not very explicit). The term « forum shopping » became popular in the 1980s (F.K. JUENGER, *Forum shopping, domestic and international*, in « Tulane Law

cases that clearly show that the natives were before the French justice system not as victims, but to assert what they considered to be their rights, whatever the means used: multiplication of procedures, choice of the most advantageous law, seizure of different courts... J.-P. Charney's work thus largely prefigures what will be at the heart of the « new pluralism »: the natives do not limit themselves to undergoing colonial domination, they use and manipulate the colonizers, and they claim their rights. From their point of view, the study of pluralism cannot be limited to the relationship between the state and indigenous institutions. The State is one actor among others in the various options that open up in the event of conflicts or claims.

From the 1980s onwards, the « new pluralism » systematically highlighted the role of actors considered to be in the minority in defending their own interests. Previously identified primarily as victims, which Marxist historiography tended to reinforce, native people are also identified as actors. As a result of the « new pluralism », a social history and sociology of law has emerged from below, in which the state is a producer of norms among others, which can be used, manipulated, for its own interests or a certain idea of justice. It has inspired work on heterogeneous areas, periods and actors, such as the use of colonial justice by African women (27). This perspective has highlighted the intertwining of legal orders, at different scales, and with their own reciprocal consequences — what Boaventura De Sousa Santos has called « inter-legality » (28).

The analysis of a simple conflict concerning successions before

---

Review », 63 (1988-89), p. 553 ff.). On the application of « forum shopping » during the colonial period, see in particular M. SHARAFI, *The Marital patchwork of Colonial South Asia: forum shopping from Britain to Baroda*, in « Law and History Review », Nov. 2010, pp. 979-1009. It is also applicable to ancient imperial situations: C. HUMFRESS, *Thinking through Legal Pluralism: 'Forum shopping' in the Later Roman Empire*, in *Law and Empire. Ideas, Practices, Actors*, Brill, 2013, p. 223-250.

(27) M. RODET, *Le délit d'abandon de domicile conjugal ou l'invasion du pénal colonial dans les jugements des 'tribunaux indigènes' au Soudan français (1900-1945)*, in « French Colonial History », 2009, pp. 149-167.

(28) B. DE SOUSA SANTOS, *Droit: une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit*, in « Droit et Société », 10 (1988), pp. 363-390. Cfr. also B. DUPRET, *Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques: théories, critiques et reformulation praxéologique*, in « Revue générale de droit », 49 (2019), 2, pp. 602-603.

the judge makes it possible to illustrate the differences in scale — which would be synonymous here with « divergent readings » — of the authorities and the local populations on the role of the courts. In April 1938, the Algiers court was called upon to rule on a case of succession <sup>(29)</sup>. Driss Faïd, an Algerian Muslim (a French subject, but not a citizen) and Catherine Lombardi, a French citizen, were married by the *cadi*. They have a daughter, Meriem Faïd. When Driss Faïd died, the question of his inheritance arose. Catherine Lombardi and Meriem Faïd then turned to the French courts. From this case, we can see how the same institution does not mean the same thing from the point of view of the State and of individuals. For the French authorities, the *cadial* jurisdiction in Algeria was a necessary but exceptional and provisional mode of regulation, with the State gradually attempting to control it (appointment and salaries of *cadis*, appeal of *cadial* decisions to an appeal court applying Islamic law by French professional judges, etc.). For Muslim subjects, the *cadi* is their main, not to say only, interlocutor in the « legal » stages of marriages and successions; he also has a role of intercession in case of conflicts. However, this loyalty to the *cadi* institution is interrupted when Catherine Lombardi and Meriem Faïd present their case before the French courts, thus raising questions about the nature of their expectations.

The expectations of the different protagonists are diverse. The court takes a clear position in defence of French identity — which here merges with the interest of the widow and the child born of the union: the marriage is declared « putative », which means that it has all the effects of a marriage governed by French law. Moreover, Meriem Faïd is considered a French citizen because she was born to a French citizen, even though, as we have seen, this transmission does not respect the logic of French law, nor that of Islamic law, according to which the status of the father prevails. This decision is not isolated: it is presented in the *Revue algérienne*, along with others, with similar conclusions. On the side of Meriem Faïd, going before the French justice is not a question of identity, it is not a way to break with the Algerian Muslim society of which she is an integral

---

(29) Tribunal d'Alger, 7 avril 1938, in « RA », 1941, II, p. 22.

part <sup>(30)</sup>. She comes to claim what is, according to her, her fair share of inheritance. By making the succession subject to French law, she inherits more than under Islamic law.

Classical pluralism and new pluralism have at least one thing in common. They maintain categories that tend to oppose, differentiate or ignore each other: the natives on the one hand, the settlers on the other. Yet, they obscure the hybridizations and the legal crossbreedings. However, these hybridizations are present among the jurists themselves and in their production, as shown by the work carried out by David Santillana on the Tunisian Code of Obligations for which this jurist has recourse to several European laws, Islamic norms and Roman law <sup>(31)</sup>. Santillana is not an isolated example; when he worked in the Bey's foreign affairs department, he was in contact with actors such as Antoine Conti, whose career has not been of much interest to historiography <sup>(32)</sup>. Antoine Conti (1836-1893) poses basically the same question as Santillana: coming from a Corsican family that settled in Egypt during the Napoleonic era, he integrated into the Ottoman world and possessed a great knowledge of Islamic mores and the Arabic language <sup>(33)</sup>. It is besides as « Egyptian » that he interests the bey of Tunis. As Julia Clancy-Smith recalls, he represented for the latter « conduits of information, [...] bearers of ideas regarding political and social reform programs, between the Egyptian and Tunisian states ». Therefore, Conti is no more culturally an orientalist than Santillana

---

<sup>(30)</sup> She married a cousin in 1937 (Yazid Faïd), then another Algerian in 1940 (Ahmed Zouane).

<sup>(31)</sup> David Santillana. *L'uomo e il giurista (1855-1931). II. Scritti inediti (1878-1920)*, a cura di A. Baldinetti, Quaderni di diritto musulmano e dei paesi islamici, Roma, Istituto per l'Oriente C.A. Nallino, 1995; F. RENUCCI, *David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen*, in « Monde(s) », 2015, pp. 25-44; B. SORAVIA, *Ascesa e declino dell'orientalismo scientifico in Italia*, in *Il mondo visto dall'Italia*, a cura di A. Giovagnoli, G. Del Zanna, Milano, Guerini, 2005, pp. 271-286; D.E. STIGALL, *The Santillana Codes. The Civil Codes of Tunisia, Morocco and Mauritania*, Rowman and Littlefield, 2017.

<sup>(32)</sup> Mohamed Salah Mzali had access to the correspondence between Antoine Conti and Khereddine on which he based his book *La situation en Tunisie à la veille du protectorat*, Tunis, Maison tunisienne de l'édition, 1969.

<sup>(33)</sup> J.A. CLANCY-SMITH, *Mediterraneans: North Africa and Europe in an Age of Migration, c. 1800-1900*, University of California Press, 2010, p. 72.

because he does not frame from the West to the East, but in both directions at the same time. How then can these actors be defined? On a very different time and political context, Antoine Vauchez uses the term « cosmopolitans » with regard to jurists working in European networks <sup>(34)</sup>. This term could indeed be appropriate, even if it is sometimes interpreted as conveying a globalizing worldview, which is not necessarily the case for our protagonists <sup>(35)</sup>. Since these individuals are characterized by a plural but coherent identity, why not simply call them « pluralists ». Alongside the orientalists, another group would be added, that of the « pluralists ». There remain the « Orientals » who are passionate about Western cultures and project their own methods onto them, and who also seem to be unnamed as a group: how should we name them? The « westerners »? The question remains open.

The fact that classical pluralism and new pluralism are mainly concerned with colonial situations does not mean that they have only historical relevance in France. The former in particular, which is hardly compatible with a common law that would apply systematically and uniformly to all, did not disappear completely when the countries that made up the French colonial empire gained their independence and sovereignty.

### 3. *The persistence of legal pluralism in France.*

Classical pluralism is the one I am most interested in here because its existence is denied in a Republic with unified domestic law presented as being the same for all. In fact, pluralism persists today in France. In the first place, in situations that stem from colonial rights and practices, such as litigation concerning questions of nationality. Petitions for recognition or reinstatement of nationality are sometimes based on the fact that an Algerian ancestor had

---

<sup>(34)</sup> A. VAUCHEZ, *Une élite d'intermédiaires. Genèse d'un capital juridique européen (1950-1970)*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 166-167 (2007), pp. 54-65.

<sup>(35)</sup> This globalizing vision of the world is especially present in the philosophical definition of the term. The sociological definition of cosmopolitanism can be different. For a realistic approach to cosmopolitanism in sociology, see U. BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme?*, Aubier, 2006.

become a French citizen. Contemporary French judges have to deal with these questions dating from the colonial period <sup>(36)</sup>. Even more directly, the question of personal status and, more generally, the maintenance of native rights has arisen in certain overseas territories, particularly in New Caledonia, where Kanak customs still apply <sup>(37)</sup>.

In parallel to these pluralisms resulting from colonial and post-colonial situations, there is a recognition of culturo-religious singularities in France. The hyper-mediatization of these issues when it comes to Islamic norms such as dress codes in schools and in the public space could lead one to believe that they are systematically condemned in the name of French law. However, observation of the field leads to an alternative conclusion. If certain Islamic norms have been « forbidden [...], others are integrated, sometimes very favourably, into the French legal corpus » <sup>(38)</sup>. As Stéphane Papi's work shows, the introduction of Islamic finance does not pose any major problem and is even encouraged by the government. In other cases, this researcher reports accommodations, i.e. compromises made by both parties based on what brings them together. This takes place in the area of mosque construction (the issue of minarets is of particular concern to the surrounding population) or funeral law, whether it is a question of time limits or burial conditions <sup>(39)</sup>. These accommodations cited concern mainly Islamic norms because of the evolution of migration and/or religious practices in France, but the same consensualist mechanism has been applied for decades to Christians in France, as with the creation of diocesan associations in the 1920's <sup>(40)</sup>. Other examples could be given concerning Islamic

---

<sup>(36)</sup> For example: Cour de cassation (chambre civile), 28 juin 1966, online (see « Legifrance »); Conseil d'État, 5 avril 1996, n° 118596, unpublished, online; Cour de cassation (chambre sociale), 27 novembre 1997, online; Cour de cassation (chambre civile), 27 février 2013, unpublished, online; Cour de cassation (chambre civile), 16 décembre 2015, unpublished, on line.

<sup>(37)</sup> *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et post-coloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, C. Demmer and B. Trépied (eds.), Paris, L'Harmattan, 2017.

<sup>(38)</sup> S. PAPI, *Normes islamiques et droit interne en France. De quelques zones de confluence*, in « Droit et Société », 88 (2014), online.

<sup>(39)</sup> *Ibid.*

<sup>(40)</sup> *Ibid.*, note 29.

norms, such as the *waqf* or the « *fâtîba* marriage » which is the result of cultural syncretism with Europe <sup>(41)</sup>.

Lastly, contrary to what a too quick reading of the regional organization might lead one to believe, there are specific legal-institutional features in metropolitan France, such as in Corsica, Brittany or Alsace-Moselle. In the latter case, entire sections of German law have been recognized as applicable in France. Indeed, after the French defeat in 1871, the German Empire annexed this part of the territory until 1918-19. During this period, German law was extended to the area. When Alsace-Moselle was again attached to France after the First World War, the question arose as to whether this specificity should be maintained. The French government chose to keep part of the German norms <sup>(42)</sup>. This exceptional regime in Alsace-Moselle mainly concerned civil law, religious law (the 1905 law abrogating the concordat did not apply there) and commercial law. As French Civil law and Alsatian-Moselle law <sup>(43)</sup> have come closer together, or as certain rules have since fallen into disuse, the current differences only concern « labour law, social security, the law of associations, crafts, social assistance, hunting, the land register, communal law, the system of pharmacies and religious services » <sup>(44)</sup>. It should be noted that this incorporation was carried out, according to our first observations, under technical conditions quite similar to what occurred during the colonial period, both in the fields concerned and in the method <sup>(45)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> S. PAPI, *Les mariages à la fatiha et le droit français*, in « Revue du droit des religions », 2017, pp. 129-140.

<sup>(42)</sup> E. COUTANT, *L'Alsace et la Moselle: terrains d'expérimentation de la réforme du droit civil et commercial français (1918-1975)*, PhD (thèse de doctorat), University of Bordeaux, 2018.

<sup>(43)</sup> I have deliberately chosen the expression « Alsatian-Moselle law » and not « Alsace-Moselle Local laws ». For me, this last denomination reinforces the marginalization of Alsatian-Moselle law. It leads one to see it as folklore, whereas it has, on the contrary, been the bearer of innovation. Moreover, the expression « Alsace-Moselle Local laws » suggests that there is only one exception (Alsace-Moselle) to a general law. However, this territory is not the only one where rules different from those known as « national » or « common » are applied.

<sup>(44)</sup> Decision n. 2011-157 QPC of August 5, 2011. SOMODIA Company (ban on Sunday work in Alsace-Moselle), online.

<sup>(45)</sup> With a facilitated integration when there was not already a legislative arsenal on the issue.

4. *Pluralistic laboratories in France: a history of missed appointments.*

The comparison between Alsatian-Moselle law and colonial law does not end there. In both cases, these laws have been identified as forms of « legal laboratories ». What do I mean by that term? A place of pragmatism and experimentation where researchers (in this case lawyers) take risks for the sake of a solution, a discovery, allowing possible improvements. There are many examples showing that reforms were carried out in colonial territories before they existed in France: this is the case of community service (« travaux d'intérêt général ») <sup>(46)</sup>, certain police techniques <sup>(47)</sup>, the professionalization of justice of the peace (« justice de paix ») <sup>(48)</sup>, the simplification of legal procedures, the organization of the courts of assizes <sup>(49)</sup>, the creation of « local parliaments » <sup>(50)</sup>, etc. The same is true for Alsace-

---

<sup>(46)</sup> The creation by the decree of August 9, 1903 of « public utility work » (« travaux d'utilité publique ») is reminiscent of the general interest work instituted by the law of June 10, 1983. The days of imprisonment were thus transformed into tasks (earthworks, excavation or transport of materials, etc.) under the supervision not of agents of the prison service, but of agents designated by the local authority (road-menders, nurserymen, etc.). However, the two reforms are not precisely the same in their modalities. The motivations of their creators also diverged. In 1903, the aim was to combat the ineffectiveness of prison sentences for Muslims subjects, the cost of internment and the need for manpower. In 1983, the measure essentially responded to a desire to reduce repression, even if the factor of prison overcrowding could not be ruled out.

<sup>(47)</sup> Method transfers took place to metropolitan France during the Algerian War: E. BLANCHARD, *Police judiciaire et pratiques d'exception pendant la Guerre d'Algérie*, in « Vingtième siècle. Revue d'histoire », 90 (2006), pp. 61-72.

<sup>(48)</sup> See F. RENUCCI, *Ernest Zeys ou le parcours d'un juge de paix en Algérie, in Justicia illitterata: aequitate uti? La conquête de la toison*, B. Durand, M. Fabre (eds.), tome VI, Lille, CHJ éditeur, 2010, pp. 67-85.

<sup>(49)</sup> The organization of Algerian criminal courts offers a good example. In these courts, magistrates and assessors deliberate together on guilt and on the application of the sentence, contrary to what happens in the assize courts in France. In 1903, the colonial lawyer Eyssautier proposed to apply this reform to the Algerian assize courts as well, and then, if the experience proved conclusive, to those in metropolitan France (L.-A. Eyssautier, *Cours criminelles musulmanes et tribunaux répressifs indigènes*, in « RA », 1903, I, p. 118). Indeed, this reform was partially carried out in France with the law of March 5, 1932, then completely with the law of November 25, 1941.

<sup>(50)</sup> In the colonies, councils, delegations, etc., organized as small parliaments, had important powers in budgetary and infrastructure matters. The most studied

Moselle, where social law and the reflection on regionalization<sup>(51)</sup> were much more advanced than in the rest of France. Examples are common to Alsace-Moselle and to colonial law: this is the case of the profession of *avoué*. In France, the *avoués* had the task of representing the parties, but not of pleading, nor, as a ministerial officer at least, of assisting them. Conversely, in the colonial empire and in Alsace-Moselle<sup>(52)</sup>, there were no *avoués* and lawyers had both representation and assistance missions. Finally, the offices of *avoués* were abolished in France in 2012: the common law has thus come closer to the situation in Alsace-Moselle and the overseas territories. One might conclude that these territories have played the role of « legal laboratories » with a feedback effect on common French law. In reality, it is more a question of missed opportunities.

In the first half of the twentieth century, the colonial and Alsatian-Moselle situations concerning the *avoués* were evoked in support of the abolition of this office in the doctrine. The abolition of the *avoués* in 2012 was not based on the Alsace-Moselle and colonial precedents, but economic issues and the very contemporary evolution of judicial practices justified it. Indeed, the Attali report of 2008, which advocated this abolition and was followed by the facts four years later, only mentioned the 1971 reform which abolished the monopoly of *avoués* for certain acts of representation and was in line with its continuity<sup>(53)</sup>. I can therefore conclude that our pluralist laboratories are known since the doctrine quotes them, but that the political representatives more particularly do not reinvest

---

historical example is that of Algeria: J. BOUVERESSE, *Un Parlement colonial? Les délégations financières algériennes 1898-1945*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen et du Havre, 2008.

<sup>(51)</sup> See the developments that Céline Pauthier devotes to these very interesting debates which foreshadow the future policy of regionalization in France: C. PAUTHIER, *Projets parlementaires de régionalisation en Alsace dans l'entre-deux-guerres: la nostalgie de l'autonomie perdue*, in *Centenaire de Constitution de 1911 pour l'Alsace-Lorraine*, J.-M. Woehrling (ed.), Strasbourg, Publications de l'Institut du droit local alsacien-mosellan, 2013, pp. 199-214.

<sup>(52)</sup> COUTANT, *L'Alsace et la Moselle*, cit., p. 364.

<sup>(53)</sup> Decision n. 213 completely abolishes the *avoués* at the courts of appeal (444 *avoués* grouped in 235 offices), in *Rapport pour la libération de la croissance française*, J. Attali (under the presidency of), p. 166, online.

them, or even deliberately ignore them<sup>(54)</sup>. In this sense, these laboratories, interesting as they are, are precursors rather than incubators that would lead to effective and immediate reforms. Even when the direct link can be proven, these « pluralist laboratories » are invisibilized, either by forgetting their origins or by a continuous marginalization, even denigration, of localism.

Legal laboratories have not only been forgotten, they have also been consciously marginalized. The place of colonial law in the nineteenth century and in the first half of the twentieth century demonstrates this perfectly. Colonial law was officially defined as a discipline only in the second half of the nineteenth century, with considerable uncertainty as to its exact scope. It was very rarely introduced into law schools and owed its relative survival as a subject to the lobbying of a few jurists, foremost among whom was Arthur Girault, famous for his textbook and his Spencerian vision of evolutionism. In the empire, colonial law was presented above all as an incremental step towards the imposition of French Civil law at some point in time. The same is true for Alsace-Moselle. In 2011, while recognizing that there was indeed a specificity of Alsace-Moselle law within French Civil law, the Constitutional Council did not fail to point out that it was temporary in nature, since the laws of 1919 and 1924, which maintained certain provisions of « local law », were of a transitory nature. The decision goes even further. If the Alsatian-Moselle exception is recognized, it cannot claim new singularities in relation to common law<sup>(55)</sup>. It is thus easier to understand why colonial law and Alsatian-Moselle law could hardly play the role of « models » when the stated objective of the authorities was to bring them into the fold of ordinary law in the more or less long term.

But why do they remain invisible and/or consciously marginalized? It is not only in defence of a unitary and egalitarian law, but also in the name of the certainty of the superiority of French law. In the colonial case, it was impossible for French governments to claim borrowing from a law of the margins that was considered subaltern. In the case of Alsatian-Moselle law, it was also difficult to use the

---

<sup>(54)</sup> PAUTHIER, *Projets parlementaires*, cit.

<sup>(55)</sup> Decision n . 2011-157 QPC of August 5, 2011, cit.

German « model » to reform French law, even though Germany was first presented in political discourse as France's main enemy, and then as a defeated and therefore inferior enemy. This does not mean that the will to make other laws a basis for reflection, or even for reform, is absent from French legal history, but in the end it comes up against a political choice: the impossibility of assuming borrowing from others. The French law, elevated to the rank of model for Europe and beyond, with the codifications of the turn of the 19th century, remains as if frozen in this myth of grandeur. How can one accept, in this perspective, that rights considered inferior and marginal can improve it? It is therefore no coincidence that the most complete and innovative experiments in mixed law in the colonial empire do not concern French law, following the example of the Tunisian Code of Obligations drafted by Santillana, which was essentially intended for Tunisian Muslim protégés.

##### 5. *Conclusion.*

Legal pluralism has thus existed and still exists in France. When we put together the experiences cited and partly developed (colonial law and Alsatian-Moselle law, the taking into account of religious or culturo-religious norms recognized at the judicial or administrative levels) and the experiences only mentioned, such as the statutory differentiation of Corsica (2002) and Saint-Pierre-et-Miquelon, political autonomy (from 1998) in New Caledonia, customary specificities in French Guiana, with the Amerindians<sup>(56)</sup>, and in New Caledonia, this phenomenon no longer seems so marginal. Moreover, it is a phenomenon on the move, as shown by the works of Norbert Rouland<sup>(57)</sup> and Sabine Lavorel<sup>(58)</sup>. However,

---

<sup>(56)</sup> With, for example, the officialization of tribal chiefs, in the name of the principle of adaptation of French law. Cfr. P.-Y. CHICOT, *Le principe d'indivisibilité de la République et la question des minorités en Guyane française, à la lumière du cas amérindien*, in « Pouvoirs dans la Caraïbe. Revue du CRPLC », 2000, pp. 175-197, online.

<sup>(57)</sup> The work of Norbert Rouland questions the place of pluralism in legal history. More recently, Jean-Louis Halpérin has proposed an alternative methodology in legal history that includes taking into account the legal history of minorities and thus pluralism (J.-L. HALPÉRIN, *Is it time to deconstruct the myths of French legal history?*, in « Clio@themis », 5 (2012), online).

the dynamics of pluralism sometimes go in opposite directions because of local contexts. For example, the recent departmentalization of Mayotte is moving in the direction of assimilation to French law: questions of personal status are no longer the responsibility of the *cadis* (2010) but of French judges.

These laboratories of pluralism have been invisibilized and marginalized. Colonial law, Alsatian-Moselle law, as well as the specificities of the application of law in Corsica or in the Overseas Territories, are reduced to local folklore<sup>(59)</sup>. This pluralism is expressed largely through case law, administrative decisions, and much more rarely laws. When it does, it is clearly stated that it is transitory and/or exceptional. Its legal security is only partially guaranteed: as soon as it is officially recognized, pluralism is already an endangered species<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> The work of Sabine Lavorel emphasizes the pressure exerted by cultural and linguistic minorities, etc. in France to have their claims transposed into law. S. LAVOREL, *Des manifestations du pluralisme juridique en France: l'émergence d'un droit français des minorités nationales*, PhD, Université de Grenoble, 2007. This thesis examines this question of pluralism through questions of public law.

<sup>(59)</sup> For example, C. Gueydan begins his article on the law of Alsatian-Moselle law with this sentence: « An unusual object in the French legal landscape, the regime of the local law of Alsace-Moselle... » (*La constitutionnalisation du droit d'Alsace-Moselle et la question prioritaire de constitutionnalité*, in « *Revue française de droit constitutionnel* », 96 (2013), p. 857.

<sup>(60)</sup> In 2018, however, French President E. Macron announced a possible constitutional law reform incorporating a « right to territorial differentiation ». This reform is still in the works. It is the 3D (decentralization, differentiation, deconcentration) bill. For the « differentiation » part, the announced objective is that « each territory should have laws and regulations adapted to its specificities ». This « differentiation » is in principle already possible in constitutional law if it respects the principles recently recalled by the Conseil d'État. In its opinion of February 21, 2019 on the bill relating to the powers of the European Community of Alsace, the Conseil d'État considered that the transfer of powers to the European Community of Alsace could be justified in the name of the general interest. The bill under consideration grants powers to this community in the areas of cross-border cooperation, tourism, roads, elections, personnel, promotion of bilingualism, etc. It remains to be seen whether in practice this « differentiation » will be fundamentally different from the possibilities of « adaptation » that already exist within French law.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA

## LOS DERECHOS CIVILES FORALES (SIGLOS XIX Y XX): UN TERCIO DE ESPAÑA

1. Derecho civil español, común y foral. — 2. Derecho e historia. — 3. La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés. — 4. La codificación civil en España. Codificación sin unificación. ¿Un fracaso nacional? — 5. Los pasos de la codificación civil. — 6. Códigos y Derechos forales en la Universidad. — 7. Un mapa político de 1852. — 8. Las leyes que sí se hicieron. — 9. Las etapas finales y el decenio decisivo. — 10. No es un lunar. *Nigra sum sed formosa*. — 11. Libertad civil. — 12. La costumbre. — 13. El Derecho consuetudinario, como derecho vivido. — 14. Final abierto. «Sin perjuicio de», ¿una transacción?

### 1. *Derecho civil español, común y foral.*

En el último curso de mi licenciatura en Zaragoza, en el lejano 1966, el catedrático de Derecho civil José Luis Lacruz Berdejo me encargó y dirigió un trabajo sobre «la comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés». Así comenzó mi relación personal con quien sería para siempre mi maestro: un gran civilista español, especialmente reconocido por sus aportaciones al Derecho de familia, al sucesorio y al inmobiliario registral y también, en mi opinión, que creo ampliamente compartida, el más grande «foralista» de la segunda mitad del siglo XX.

La asignatura se llamaba, en todas las Facultades de Derecho españolas, «Derecho civil español, común y foral», y con este nombre que reflejaba el pluralismo del Derecho civil español se mantuvo hasta comienzos de este siglo. Los planes de estudios eran uniformes en toda España, pero solo en algunas Facultades se dedicaba alguna atención, más allá del señalamiento de su existencia, a las instituciones propias de estos Derechos forales. Normalmente, en el territorio en que regían, los profesores, o al menos uno de los dos de civil que solía haber «en provincias» (Madrid fue

siempre otra historia), las exponían en clase, algunos con cierto detenimiento, pero aun en estos casos lo normal era que la materia « foral » desarrollada en el programa de la cátedra no fuera para examen.

Por cierto, en el País Vasco (entonces Provincias Vascongadas) y en Navarra no había Universidad pública, lo que contribuyó a subrayar el carácter popular y consuetudinario de sus Derechos ante la evidencia de que los juristas universitarios apenas habían puesto sus ojos en ellos. Por el contrario, era rica la producción académica de Derecho aragonés o catalán, con libros impresos desde la cuna de la imprenta, cuerpos legales, historias, tratados, monografías y literatura de prácticos que llenaban muchos anaqueles y eran consultados en las bibliotecas de los colegios de abogados tanto o más que en los de las universidades de Zaragoza y Barcelona (la de Cervera, en el siglo XVIII). La vieja Universidad de Santiago de Compostela, por su parte, apenas se había ocupado de Derecho gallego; la facultad de Derecho de Palma de Mallorca se creó en el siglo XX.

Bastarán, por el momento, estos datos sobre enseñanza del derecho, para señalar desde el principio que la misma etiqueta de « Derecho civil español, común y foral » (título también de la obra más influyente en la formación de los jueces, notarios y abogados de España en la segunda mitad del siglo XX, la del catedrático de derecho civil y presidente del tribunal supremo José Castán Tobeñas) esconde una realidad mucho más plural. Si ya es cuestionable el calificativo de « común » aplicado al derecho civil general de España (esté o no contenido en el Código civil), es seguro que no hay un « Derecho foral », sino media docena de Derechos civiles forales (seguiré llamándolos forales, pues así lo hace la Constitución) disímiles por historia, tradición y cultura, ámbito de aplicación, fuentes, instituciones, atención académica o significado político.

Quienes aspiran a ejercer una profesión jurídica necesitan, entonces y ahora, conocer el derecho civil aplicable en cada una de las provincias (luego comunidades autónomas), de modo que lo que no estudiaron en las aulas habrán de aprenderlo luego para desempeñar su oficio en los territorios con derecho civil propio. Desde mediados del siglo XIX, los futuros jueces, fiscales, notarios o registradores de la propiedad se encuentran, en los programas de sus oposiciones, con buen número de temas sobre las instituciones de

« los Derechos civiles coexistentes en el territorio nacional », como acertó a denominarlos el Código civil en la reforma de su Título Preliminar en 1974. Porque esos Derechos civiles estaban vivos, conforme a ellos los particulares otorgaban sus testamentos, sus pactos sucesorios, sus capitulaciones matrimoniales y muchos otros contratos, tal como los archivos notariales atestiguan desde la edad media; y conforme a ellos los jueces, los notarios, los registradores habían de juzgar, dar fe, registrar. Dado que estos cuerpos de funcionarios eran únicos en el Estado unitario y centralizado de finales del franquismo (y lo siguen siendo hoy en el Estado constitucional autonómico), todos sus miembros debían conocer todos los Derechos vigentes, aunque luego sus carreras les llevaran por derroteros distintos. Porque los Derechos forales seguían vigentes: « Se conservarán por ahora en toda su integridad... », dijo el Código civil en 1888; « con pleno respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias y territorios en que están vigentes », enfatizó en 1974 el nuevo título preliminar, constatando así el gran cambio producido por la publicación como leyes estatales de las llamadas Compilaciones, con el precedente del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho civil de Aragón, de 1925. Compilación de Vizcaya y Álava (1959), de Cataluña (1960), de Baleares (1961), de Galicia (1963), de Aragón (1967), de Navarra (o « Fuero Nuevo »), de 1973. El Código civil era supletorio de todas ellas. Por fin, pues en 1889 « regirá solo como supletorio del que lo sea en cada una de aquellas [provincias o territorios en que subsiste derecho foral] por sus leyes especiales ». Lo que no obstaba a que cada Compilación mantuviera sus lazos con el Derecho del antiguo régimen con la invocación en su articulado a la « tradición jurídica » propia o al derecho consuetudinario; o señalara condicionantes, como la no contradicción con los principios propios, para evitar una aplicación indiscriminada de las normas estatales supletorias.

Hasta hoy mismo, en que la legislación sobre derecho civil propio ha pasado a ser competencia de las Comunidades Autónomas en que estos preexistían (« allí donde existan », dice el art. 149.1. 8ª CE, quicio de todo el sistema), la relación que los Derechos civiles forales o especiales, ahora autonómicos, mantienen con la historia es distinta a la esperable en un sistema de Derecho civil codificado, según el patrón francés. El estudio de un derecho foral

vigente, para su aplicación en la práctica, ha tenido que incluir siempre el de su historia, pues su contenido e interpretación están condicionados de manera decisiva por esta.

## 2. *Derecho e historia.*

Hasta ahora mismo, el «foralista» (civilista experto en el derecho civil foral vigente) ha tenido que ser también historiador. No era una opción. No es que todos fueran seguidores de la Escuela histórica savigniana, que, tomada en serio, fue en España un fenómeno circunscrito en el tiempo, minoritario, e igualmente extendido en cierto momento entre los civilistas castellanos. Es más bien un historicismo difuso en el que viven prácticamente todos los civilistas del siglo XIX, que consideran el «método histórico» compañero inseparable de «filosófico» para la comprensión del Derecho vigente, cuyas fuentes son, en efecto, «históricas», hasta la tardía promulgación del Código en 1888 <sup>(1)</sup>.

El «foralista», señaladamente, ha de ser historiador, pues todos se ven en la necesidad de defender la existencia y contenido de su derecho particular con argumentos históricos. Hasta mediados del siglo XIX, el necesario manejo de la historia como matriz de argumentos para la política legislativa o la práctica del foro no era muy distinto del que se veían obligados a hacer los juristas de derecho castellano (que habían de poner en orden las «fuentes» o «códigos» históricos, desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación, pasando por las Partidas o las Leyes de Toro); con la importante diferencia de que este pretendía ser el «Derecho común» de España, mientras que los demás parecían a ojos de muchos abogados a desaparecer y apenas encontraban apoyo en la universidad y la magistratura.

El Código civil respetó los derechos forales. Más exactamente,

---

<sup>(1)</sup> Ciertamente, algunos estudiosos y defensores del derecho propio eran seguidores confesos de la Escuela histórica. El caso más notable es el de Durán y Bas, paladín del Derecho catalán. Precisamente los juristas catalanes no se calificaban de «foralistas» y siguen evitando el adjetivo «foral» (sus cuerpos legales históricos no estaban formados por «fueros», sino por «constituciones»), a sus ojos desprestigiado por el uso reduccionista que de lo «foral» hace el centralismo castellano.

declaró en 1888 que « se conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico » (la edición reformada de 1889 añade: « escrito o consuetudinario »); a la vez que la Ley de Bases de 1888 disponía la formación de unos apéndices al Código civil « en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen » (art. 6 Ley de Bases; cfr. art. 7). Durante decenios el legislador (el Parlamento español, de acuerdo con la Constitución de 1876) se resistió cuanto pudo a la publicación de estos apéndices, que la Comisión de Codificación entorpecía, con el abierto designio de que las instituciones forales fueran quedando en desuso, propiamente obsoletas, pues no estaba prevista en modo alguno su renovación o puesta al día. También es cierto que, en algún momento, especialmente en Cataluña, sus juristas preferían evitar un apéndice cuya aprobación hubiera de pasar por la Comisión de codificación y las Cortes. Los previstos y resistidos apéndices serían unas leyes para conservar residualmente el derecho existente, lo cual es ya una rara especie de ley, no concebida siquiera como repertorio escrito de costumbres para su fijación, sino como texto legal nuevo que sujeta al Código y embrida los restos de unas leyes no derogadas que no se puede (políticamente, socialmente) suprimir por completo.

Legislar para conservar obliga a quienes propusieron esta legislación (básicamente, diputaciones provinciales y colegios de abogados, según prescribía la propia ley de bases) a probar la existencia histórica de unas normas (legales y consuetudinarias) que ahora han de ser ley de « apéndice »; hay que probar tanto su contenido como su aplicación, observancia o vigencia hasta el día. Ineludiblemente, los foralistas son historiadores: para exponer el Derecho vigente antes de su reducción a apéndices, para defender el contenido de estos. A veces, fueron tan imaginativos y fantasiosos como los historiadores castellanos que hacen al bíblico Túbal venir a Iberia a fundar ciudades; o a Vasconia, según otros, buscando siempre la primacía en el tiempo y honor para su propio pueblo y derecho, perdiéndose por los vericuetos de los reinos y señoríos que convivieron y combatieron entre sí y con los musulmanes de Al-Ándalus, sin dejar de disputarse la herencia visigoda. Pero en el siglo XIX (y antes), los más profesionales también van produciendo

monografías sobre instituciones concretas: sociedad conyugal, legítimas, testamentos, retractos, censos... Se comprende que, en general, los juristas de cada territorio se ocupen casi exclusivamente de las instituciones propias (o del Derecho común romano canónico). Del mismo modo que los juristas que se proclaman « de Derecho común » o de « Derecho español » hacen la historia de las instituciones civiles del Derecho castellano incluso después de la promulgación del Código, y no dejarán de tener presencia en sus obras dogmáticas las leyes de Toro, las Partidas o el *Liber Iuditorum* de los visigodos cuando tan lejos les convenga remontarse.

La fecha tardía del Código civil español y la subsistencia de los derechos forales explican este rasgo peculiar de la civilística española, su acentuado historicismo, durante los siglos XIX y XX. Hasta 1882, eran los catedráticos de civil los encargados de explicar en la Universidad la historia del Derecho español y, hasta finales del siglo XX, la parte general de sus manuales para la enseñanza contenía amplios apartados sobre la evolución histórica del Derecho civil español (o de los Derechos civiles españoles), así como una historia de la codificación civil. Correlativamente, los catedráticos de Historia del Derecho no se han ocupado ordinariamente de la codificación hasta el último tercio del siglo XX y apenas han producido estudios sobre concretas instituciones de Derecho privado para fechas posteriores a la edad media hasta casi nuestro siglo: han dejado el trabajo a los especialistas en cada una de las ramas del derecho positivo.

### 3. *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés.*

Terminado e impreso aquel trabajo mío estudiantil sobre la comunidad conyugal continuada <sup>(2)</sup>, el profesor Lacruz se ocupó de enviarme a estudiar el doctorado a Bolonia, con una beca en el *Collegio di Spagna*. Una separata de aquel me sirvió de presentación al Prof. Rescigno en la primera entrevista que mantuvimos en Bolonia, para la dirección de mi tesis doctoral. En aquel trabajo advertía desde la primera página que quedaba fuera de sus límites el

---

<sup>(2)</sup> Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés*, en « Anuario de Derecho Aragonés » (ADA), XII (1963-64), pp. 181-295.

Derecho anterior al Apéndice de 1925, tanto legal como consuetudinario. Por supuesto, utilizaba el dato histórico en la medida en que era imprescindible o útil para la interpretación del Derecho vigente, pero podía evitar la investigación y exposición de la historia porque esta contaba ya con estudios recientes, en este caso, uno en particular de un profesor de historia del derecho (J.E. Rivas) integrado en el grupo de foralistas aragoneses reunidos en el Consejo de Estudios de Derecho aragonés; y lo hice así por indicación de mi maestro, que ya había trazado claramente, en sus publicaciones, la distinción entre investigación histórica de las instituciones pretéritas y elaboración dogmática del Derecho vigente, para la que, especialmente en los derechos forales, era relevante el argumento histórico <sup>(3)</sup>.

Lacruz había publicado en 1946 su tesis doctoral sobre *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón* <sup>(4)</sup>, decisivo para cualquier estudio posterior sobre Derecho de familia en Aragón, y sus investigaciones históricas (para las que utilizaba textos inéditos de Observancias y glosas a los Fueros mediante microfilms proporcionados por el *British Museum*) eran muy cercanas a las producidas por los catedráticos de historia de la vecina facultad de letras, con los que mantenía intensas relaciones <sup>(5)</sup>. Como ellos, publicó también textos legales medievales.

Aun no siendo histórico mi trabajo, ineludiblemente contenía citas de juristas aragoneses de pasados siglos (Portolés, La Ripa,

<sup>(3)</sup> José Luis LACRUZ BERDEJO, *Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón*, en ADA, II (1945), pp. 103-136, en particular, p. 126 y ss. (= ID., *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, Tomo I, Zaragoza, 1992, pp. 67-90).

<sup>(4)</sup> José Luis LACRUZ BERDEJO, *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, en ADA, III (1946), pp. 15-154 (= ID., *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, Tomo III, Zaragoza, 1992, pp. 191-306).

<sup>(5)</sup> Es muy expresiva la primera nota, sin numerar, de *El régimen matrimonial*, cit.: « Con gusto hago constar aquí mi gratitud al medievalista y Decano de la Facultad de Zaragoza don José María Lacarra, quien no solo me ha facilitado abundantes materiales para el presente estudio (entre ellos, los mss. de París, Copenhage, Estocolmo, Pamplona y Ac. de la Historia, y documentos todavía inéditos), sino que además me ha dado, en muchas horas de agradable conversación, provechosas lecciones para utilizarlos. Además doy las gracias al catedrático de la Central don Alfonso García Gallo — cuyo tiempo he sacrificado también, más de una vez, en beneficio de mi formación histórico-jurídica — por el interés con que ha mirado siempre mis trabajos y por las sugerencias que me hizo cuando leyó este en su primera redacción ».

Nougués, el más cercano Isabal...), junto a la bibliografía aragonesa del momento y las obras de Derecho civil que pudieran servir para mi « estudio de Derecho positivo vigente ». Aparte del tratado de Derecho de familia de mi maestro, que acababa de aparecer y que contenía la mejor exposición de la sociedad de gananciales del Código civil, me serví del Enneccerus: es decir, los volúmenes de este tratado escritos por Kipp y Wolf, traducidos al castellano en 1941 y 1946, que daban alguna explicación sobre sociedad conyugal continuada en el Derecho alemán vigente y noticia de legislaciones que regulaban alguna especie de continuación de la sociedad conyugal: además del BGB, el Código de los Países Bajos y el de Suiza, a su vez con notables divergencias entre sí. De donde resultaba que esta comunidad conyugal continuada aragonesa, que no tenía paralelo en otros derechos peninsulares (aunque nunca me pregunté por el portugués), encontraba similitudes en algunos derechos europeos. Obviamente, no en los de pura tradición romana, en los que, para empezar, no había sociedad conyugal de bienes, sino dote y parafernals. ¿Derechos germánicos, entonces? Germanismo frente a romanismo era un tópico en la historiografía jurídica española (y no solo) frente al que mi maestro me puso en guardia ya en sus clases magistrales de licenciatura. Ni me lo planteé. Pero sí recogí (con cierto asombro y complacencia) que la *Coutume* de París contemplaba la continuación de la comunidad conyugal con el viudo y los descendientes del difunto, y que sobre ello escribió Pothier en su *Traité de la communauté*, que leí con provecho en ejemplar de la biblioteca de Lacruz. El régimen legal francés (el del *Code*) era de comunidad de muebles y adquisiciones (en él ya sin continuación a la muerte de un cónyuge), lo mismo que el aragonés histórico: comunidad de muebles y adquisiciones y no « sociedad de gananciales », como en la tradición castellana que llegó al Código de 1888, a la que el régimen aragonés era inasimilable. Régimen aragonés que vive en un ambiente de libertad de disposiciones y de pactos (capítulos matrimoniales, testamentos mancomunados, pactos sobre la herencia, fiducia sucesoria) muy alejado de la tradición y la mentalidad castellanas.

De este modo el Derecho aragonés se me presentaba como una de las muchas variantes de los *iura propria* europeos, en el marco del

*ius commune* romano-canónico, que, con algunas otras en el continente, había logrado superar la criba de la codificación (6).

#### 4. *La codificación civil en España. Codificación sin unificación. ¿Un fracaso nacional?*

La publicación del Código no disminuye, sino que aumenta, la *pluralidad legislativa* de nuestro Derecho civil. No vale la pena, después de poco menos de un siglo que ha transcurrido desde que se inició el movimiento codificador civil y fue materia de un precepto constitucional, de responder al capital de expectación y de trabajo acumulados en ese tiempo con una reforma tan parcial, insuficiente y perturbadora. Valiera más no haber formado un código que, a cambio de algunas novedades y facilidades para la vida civil, más o menos desvirtuadas con otros defectos, producto de una *importación* poco meditada o de la premura de su redacción, contraría o, por lo menos, dificulta considerablemente al fin capital de la *codificación*, dando lugar a que el regionalismo jurídico exagerado y sistemático, no la variedad provincial respetable y justificada de ciertas novedades sentidas en algunas instituciones de la vida civil, fuera a adquirir nuevas fuerzas y prestigios hasta llegar a una verdadera *petrificación*, realizada por sanciones modernas, que no haya después piqueta legislativa que pueda quebrantarlos, al menos en mucho tiempo... (7)

---

(6) Decenios más tarde, ya en el siglo XXI, así han sido presentados los « derechos privados regionales » no estatales en *Regional private laws and codification in Europe*, Hector L. Macqueen, Antoni Vaquer Aloy y Santiago Espiau Espiau (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003; el libro procede de los trabajos del *I Congrés Internacional sobre Els Drets Privats Regionals a Europa*, que tuvo lugar en la Universidad de Lérida el año 2000; recensión de Juana MARCO MOLINA, en « Revista Catalana de Dret Privat », [en línea], 2005, pp. 267-78, <https://www.raco.cat/index.php/RevistaDretPrivat/article/view/152203>.

(7) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, I, Madrid, I, 1890<sup>2</sup>, p. 585 (curativas del autor). En el mismo año 1890 publicó Sánchez Román *La codificación civil en España en sus dos periodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral antes y después de la promulgación del Código civil y trabajos preliminares para la formación de algunos Apéndices del Derecho foral (1811 a 1890)*, Madrid, 1890, 127 pp. El largo título es buen indicador sumario de su contenido. Mantiene y desarrolla sus críticas al Código por otros muchos conceptos, además de lamentar « el triunfo obtenido por el regionalismo jurídico foral con motivo de la promulgación del mismo », aunque el Código esté « inspirado en ese espíritu de concordia y transacción » que antes le ha atribuido, y apela a la « razón, la justicia y la conveniencia de los más » en el camino de la perfección y progreso, frente a « la sinrazón, la injusticia y supuesta conveniencia de los menos » que se ha impuesto (p. 17). Los menos, evidentemente, son los naturales de los países de fuera que, como he dicho, venían a ser en la época una quinta parte de los españoles. Lo que no explica es cómo los menos (equivocados) pudieron

Esta fue la reacción de uno de los más grandes juristas de la época, catedrático de Derecho civil en la Central (lo había sido también de Historia General del Derecho español), a la vista de la aprobación en 1888 (2ª. ed., 1889) de un Código civil que no deroga, sino que respeta en toda su integridad el derecho foral en las provincias o territorios en que subsiste: aproximadamente, un quinto de la población española de entonces, que en nuestros días se eleva al tercio.

Para Sánchez Román, como para tantos otros juristas de la época (muchos de ellos, como su compañero en la Central Augusto Comas, políticos activos en el partido liberal), la codificación civil había fracasado, entre otras razones que se consideraban menos importantes, o absolutamente inevitables (como la posición de la iglesia española sobre el matrimonio canónico), porque no había logrado la unificación del Derecho civil. El fracaso lo era también de la nación española, cuya unidad política era ya cosa de siglos; o, al menos, el resultado no era acorde con la dignidad de esta nación histórica. « Unos mismos códigos » para toda España sería algo así como el « destino manifiesto » de la unidad nacional; o, en términos más afines al nacionalcatolicismo, el designio providencial de unidad, que solo algo anómalo, extraño, había podido frustrar: los foralistas, los regionalismos, los separatismos, se pensará luego.

La razón y el progreso exigían un código igual para todos, que no se pudo conseguir de momento, pero el designio unificador seguía vivo, era solo cuestión de esperar y aprovechar la ocasión favorable.

Obviamente, había otras opiniones y otros relatos, no solo en los países de fuera <sup>(8)</sup>. En todo caso, este discurso, que pretende inútilmente cancelar la pluralidad de Derechos civiles en España, debería haber concluido, como muy tarde y definitivamente, con la Constitución de 1978, pues esta garantiza la pluralidad de legislaciones civiles

---

imponerse a los más (que defendían la razón y la justicia) durante el decenio del Parlamento largo, en las decisiones tomadas por los gobiernos turnantes de los partidos de Cánovas y de Sagasta, con aplastantes mayorías en el Congreso y en el Senado. En el mismo opúsculo (pp. 120-127) da noticia con algún detalle de los « trabajos preliminares para la formación de algunos Apéndices al Código civil, en ciertos territorios de legislación foral »: las noticias se refieren solo a Aragón y Cataluña.

<sup>(8)</sup> « Il y a autant d'histories du Código civil que de familles juridico-politiques », Johannes-Michael SCHOLZ, *Penser les institutes hispano-romaines*, en « Quaderni fiorentini », 8 (1979), p. 157.

a través de la atribución de la competencia legislativa de cada uno de los « derechos civiles forales o especiales », « allí donde existan », a la Comunidad autónoma correspondiente. La Constitución establece una « garantía de la foralidad civil », proclamó el Tribunal constitucional (en su fundamental STC 88/1993, de 12 de marzo, y en otras posteriores como la 31/2010, de 28 de julio, al enjuiciar el Estatuto de Cataluña; o la 132/2019, de 13 de noviembre de 2019).

La garantía autonómica de la foralidad civil permite que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de conservación y modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales....

A partir de ahí, el Tribunal señala también algunos límites importantes a esta competencia legislativa, cuestión nada pacífica de la que aquí no nos ocuparemos. Lo que importa subrayar es que el pluralismo de Derecho civil es, desde 1978, una realidad que la Constitución acoge y cuya pervivencia garantiza por tiempo indefinido; que cualquier proyecto o designio unificador y uniformizador sería, sencillamente, inconstitucional.

El designio uniformizador de los Derechos civiles españoles históricos, para reducirlos o sujetarlos al castellano, viene de lejos y siempre ha tenido gran fuerza, a pesar de lo cual nunca ha logrado imponerse totalmente en el Derecho civil. Es anterior al Código civil francés y, en su origen, antes absolutista e ilustrado que liberal. Se remonta al menos a Felipe V <sup>(9)</sup> (con eficacia en la derogación del

---

<sup>(9)</sup> Ya desde los Austrias, cuando el valido Conde-Duque de Olivares aconseja al Rey Felipe IV en 1624 « *trabajar y pensar, con consejo maduro y secreto, para reducir estos reinos de que se compone España al estilo y leyes de Castilla, sin ninguna diferencia, que si Vuestra Majestad lo alcanza será el Príncipe más poderoso del mundo* ». El primer borbón, Felipe V expresa similar designio de « *reducir todos mis reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y tribunales gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables y plausibles en todo el universo [...]* » (Decreto de abolición de los Fueros de Aragón y Valencia, 29 de junio de 1707, todavía indeciso el éxito de las armas, rectificado para Aragón en 1711); designio, el expresado en este texto de circunstancias, que Federico DE CASTRO (*Derecho civil de España*, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949<sup>2</sup>, pp. 172-173) considera expresión del « propósito y programa general » del rey de la nueva dinastía vencedor en la guerra. Porque estos

Derecho valenciano y en la reducción del Derecho catalán, el aragonés y el mallorquín); se reitera en la representación del marqués de la Ensenada a Fernando VI (1752) y otras propuestas de la segunda mitad del XVIII que pretenden también cambiar la enseñanza universitaria del derecho, sustituyendo el Derecho romano por el « real » castellano <sup>(10)</sup>; se manifiesta apremiante en el programa unificador de las Cortes de Cádiz de 1812, como voluntad de la nación, y se mantiene durante el gobierno absoluto de Fernando VII. Hubiera podido tener realización en el trienio liberal (proyecto de 1821) y, en forma de Código civil moderno (con el francés como modelo) una vez fallecido Fernando VII (1834) y superado el Estatuto real de la misma fecha, en torno a la Constitución de 1837. El proyecto de 1836 y los trabajos de la primera Comisión de Códigos (1843, presidida por Cortina), desmantelada inmediatamente por el golpe de los moderados, pudo ser la última oportunidad. La guerra civil (primera guerra carlista) y su desenlace (el abrazo de Vergara, la ley de conservación de fueros) hizo muy difícil aunar las voluntades para la formación de un Código unitario y los gobiernos moderados no tuvieron entre sus prioridades la aprobación de un Código civil.

##### 5. *Los pasos de la codificación civil.*

En España no rigió el Código de Napoleón <sup>(11)</sup>. El mismo

---

textos (y es lo que quería señalar con la cita de De Castro, el mayor civilista del franquismo y maestro de maestros de civilistas, que fue siempre el más duro enemigo teórico de los derechos forales) comparecen casi inevitablemente en cuanto se escribe en los siglos XIX y XX sobre la unidad jurídica de España, cualquiera que sea el punto de vista de quien hace la cita.

<sup>(10)</sup> Rafael GIBERT, *La codificación civil en España (1752-1889)*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso della società italiana di storia del diritto*, II, Firenze, Leo S. Olschki Editore, 1977, pp. 907-933; Álvaro d'Ors, *Los derechos civiles regionales de la España moderna*, en *La formazione*, cit., vol. 2, pp. 935-941. El gran romanista Álvaro d'Ors, militante del tradicionalismo carlista, fue uno de los integrantes del grupo privado de juristas (como él dice) que, tras doce años de trabajo, consiguió que el texto por ellos elaborado se aprobara por aquellas fechas (1973) como Compilación o « Fuero nuevo de Navarra ».

<sup>(11)</sup> Carlos PETIT, *España y el Code Napoléon*, en ADC, 2008, 4, pp. 1773-1840; Juan BARÓ PAZOS, *La influencia del Código civil francés (1804) en el Código civil español (1889)*, en *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus*

Napoleón acabó desistiendo. Los miembros del Consejo de Castilla que acompañaron a Carlos IV y Fernando VII a abdicar a Bayona consiguieron que se anunciara en la Constitución o Estatuto de este nombre, no la vigencia del *Code Napoléon*, sino que « Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales ». Ninguno se aprobó en el efímero reinado de José I <sup>(12)</sup>.

La Constitución de Cádiz anunció que « el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía... » (art. 258). La idea de código, el modelo intelectual que bullía en la cabeza de políticos y juristas, era el francés (en competencia, especialmente en el trienio liberal, con las ideas de Bentham), aunque esto ni siquiera podía admitirse públicamente en la España en armas contra el invasor. Pero el mismo artículo 248 continuaba: « ... sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes ». Es decir, desde el primer momento liberal se consideró el eventual pluralismo regional compatible con « unos mismos » códigos <sup>(13)</sup>. Se ha debatido si las variaciones previstas como posibles querían referirse solo a los territorios americanos, pero hoy podemos afirmar que no era así, sino que — dentro de la ambigüedad y evidente compromiso que la fórmula representa — estas variaciones podían ser también las derivadas de la pluralidad de Derechos civiles preexistentes en las Españas peninsulares. Tal creían los autores del Proyecto de código civil de 1821, elaborado en el trienio liberal bajo la vigencia de la Constitu-

---

*influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, Aniceto Masferrer, ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 53-128.

<sup>(12)</sup> Es el art. 96, primero del Título XI, « Del orden judicial », que a partir del siguiente y hasta el 112 se ocupa en efecto de la organización de los tribunales y su funcionamiento. Mientras que el art. 113 dice: « Habrá un solo código de Comercio para España e Indias », y el 114 que « En cada plaza principal de comercio habrá un tribunal y una Junta de comercio ».

<sup>(13)</sup> GIBERT, *La codificación*, cit., p. 909, apostilla: « esta última reserva situaba desde el principio la codificación española en un plano realista ». En las siguientes páginas, testimonios sobre la diversidad de opiniones en las mismas Cortes de Cádiz y la actitud de Martínez Marina en su Juicio Crítico de la Novísima Recopilación (1820).

ción de 1812, al anunciar su propósito de no introducirlas (aunque podían) en el sensible terreno del derecho de sucesiones (14).

Por lo demás, este proyecto presentado por Garelly en 1821 (único intento en nuestra historia de elaborar un código civil en el seno de una asamblea legislativa) no estaba inspirado en absoluto en el de Napoleón, ni siquiera en la delimitación de la materia que abarcaba, pues pretendía ser un « código interior » (nacional, frente a otro exterior o internacional) comprensivo de todo el derecho privado, incluido el mercantil, el procesal civil y toda la organización de los poderes públicos necesaria para la garantía de los derechos (administración, con los ramos eclesiástico, militar, judicial y político).

La vuelta al absolutismo en 1823 vio un nuevo impulso al centralismo borbónico y produjo en el terreno de la codificación un Código de Comercio (1829) con vistas a un mercado único, que hacía menos urgente un Código civil que habría de suponer la igualdad de todos ante la ley. Casi al final de la vida de Fernando VII (1833, España sigue sin Constitución), sus ministros encargan la redacción de un proyecto de Código civil a Manuel María Cambronero, un afrancesado que colaboró con el gobierno de José I y, luego, con el de Fernando VII en su última etapa absolutista. Fallecido Cambronero y también el monarca al año siguiente, la

---

(14) Carlos PETIT (*Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 33-35) cita un fragmento del Discurso Preliminar del Proyecto de 1821, que reproduce luego en la p. 299. La Comisión hace notar la variedad de legislaciones en materia de sucesiones y testamentos: « sin salir de España [...] presentan hoy día un cuadro muy variado en esta parte sus diferentes provincias, en medio de la unidad de principios políticos. Navarra, las provincias Vascongadas, Aragón, Cataluña e islas Baleares se diferencian de las Castillas en particular mucho más que en su clima y producciones. / La Comisión ha meditado detenidamente la materia; y aunque el artículo 258 la autorizaba para dictar modificaciones locales, creyó que no debía adoptar otra que la de toda reforma saludable; la de 'no dar efecto retroactivo' ». Es decir, en 1821 los Diputados comisionados para formar el Código civil dan por supuesto que el art. 258 Const. 1812 refiere (también) las posibles variaciones a las provincias peninsulares. Otra cosa es que « la Comisión entiende que se debe aspirar a la uniformidad, puesto que existen máximas generales acomodadas a todo pueblo que desea de veras su prosperidad, y hacia las cuales debe orientar el legislador las esperanzas y los deseos futuros de sus súbditos ». De nuevo Carlos PETIT, *Los códigos del Trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz*, en « Historia constitucional », 2020, 21, pp. 106-137 (<http://historiaconstitucional.com>).

regencia de María Cristina, con firma de Garellly, encarga (29 enero 1834) continuar en la tarea a una comisión de dos personas y un auxiliar (Ayuso y Tapia, con Vizmanos), que entregaron su trabajo concluido en septiembre de 1836 <sup>(15)</sup>, sin que llegase a ser discutido por las Cortes. Entre medio, la sargentada de La Granja y la Constitución liberal de 1837 (y la desamortización de Mendizabal), a la que habría debido adaptarse. Prosigue la guerra en el norte. Solo a su terminación podrá pensarse en aprobar un código civil para toda España, pero entonces ya con otros condicionamientos.

Por las materias que comprende — básicamente, las mismas del código de 1889 — y su técnica, el proyecto de 1836 se acercaba más al modelo francés, pero la configuración de las instituciones era tributaria del derecho patrio <sup>(16)</sup>, casi exclusivamente el castellano. Trataban de hacer un producto español, con forma de código moderno. La influencia francesa se advertía sobre todo en temas como adquisición de la propiedad y obligaciones y contratos, donde confluía más fácilmente con el castellano (y los demás peninsulares) por la común derivación del derecho común europeo (romano-canónico).

La regencia de Espartero mostró especial interés por la formación de los Códigos, o por « la anhelada reforma de nuestros Códigos », según palabras del regente en el discurso de apertura de las Cortes en la primavera de 1843 <sup>(17)</sup>, y el gobierno de Joaquín

<sup>(15)</sup> « El proyecto de 1836, de corte más bien conservador, junto a defectos técnicos indudables presenta méritos que no fueron apreciados en su tiempo: consideración amplia del derecho tradicional castellano (no los forales, por supuesto); limitación razonable de la influencia francesa; criterio progresivo (que algunos califican de germánico) en materia de hipotecas; y discreción en el tratamiento del matrimonio. Todavía bastantes preceptos del proyecto de 1851 son copia más o menos corregida del 36 » (J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil I, Parte general del Derecho civil*, vol. 1, *Introducción*, Madrid, Librería Bosch, 1982, pp. 72-73).

<sup>(16)</sup> « Destaca una primera influencia de lo que sus autores llaman 'leyes patrias' o leyes castellanias, con exclusión de las leyes de otros territorios, dada la formación en derecho castellano de los tres miembros de la comisión ». BARÓ PAZOS, *La influencia del Código civil*, cit., p. 74.

<sup>(17)</sup> Blanca SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, *Las comisiones de Códigos durante el reinado de Isabel II (1843-1869)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2010, p. 38. En esta obra se encuentra la más completa y fiable exposición de las sucesivas comisiones de códigos (hasta 1869), sus miembros y sus tareas. Naturalmente, reconoce, como todos, su deuda con la obra del archivero LASSO GAITE (*Crónica de la Codificación*

María López constituyó en efecto la primera « Comisión de Códigos » permanente (es la única Comisión de Códigos en España — y sigue habiendo una muy numerosa, que se considera heredera de la de 1843 — en la que sus miembros recibieron remuneración en dinero por sus servicios). Esta comisión llegó a redactar un libro I (Personas y familia, ponente Cirilo Álvarez), un libro II (Derechos reales, ponente Vizmanos) y llevaba adelantada la parte general de obligaciones y contratos, cuando el golpe de los moderados y el cambio de gobierno llevó a la supresión de la comisión (y a su presidente, el abogado liberal Cortina, a la cárcel unos meses, tras los cuales se exilió; fue sustituido en la presidencia por Bravo Murillo). Disuelta esta comisión, el gobierno de Narváez dejó caer sobre ella en la Gaceta una opinión nada favorable, en la que reprochaba a sus miembros destituidos su vagancia mientras cobraban un buen sueldo. Creó otra comisión en 1846 con el mismo nombre y otros miembros (ahora sin cobrar), pero la Constitución de 1845 partía de unos presupuestos historicistas muy distintos a los de la Constitución de 1837 y los gobiernos moderados tenían otras prioridades <sup>(18)</sup>. Entre ellas, llegar a acuerdos con la iglesia católica, que se verían entorpecidos por la aprobación de un código civil con la previsible regulación del matrimonio, del registro civil, de las personas jurídicas y de las « manos muertas »: es decir, que habría

---

*Española*, Ministerios de Justicia, 6 tomos, desde 1970), un punto de partida ineludible pero no exento de críticas (en particular, pp. 23-26).

<sup>(18)</sup> Véase el Preámbulo de la Constitución de 1845: « Doña Isabel II, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía Española, Reina de las Españas; a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos, y la intervención que sus Cortes han tenido en todos tiempos en los negocios graves de la Monarquía, modificando al efecto la Constitución promulgada en 18 de Junio de 1837, hemos venido, en unión y de acuerdo con las Cortes actualmente reunidas, en decretar y sancionar la siguiente ».

Si el propósito de la Constitución, el código político (fruto ahora de la voluntad de la reina « de las Españas » en unión y de acuerdo con las Cortes), es « regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos », ¿qué otro propósito podría tener el código civil sino poner en consonancia con las necesidades actuales de la sociedad los antiguos fueros y libertades de estos reinos?

de poner en cuestión el poder jurisdiccional de la iglesia y validar los resultados de la desamortización eclesiástica.

El proyecto en que trabajó la comisión de 1843, interrumpido por los cambios políticos, es la ocasión en que más cerca ha estado España de tener un Código (único) de Derecho civil ilustrado-liberal.

En todo caso, desde 1836 todos los intentos se basaban en el derecho castellano (entendido como expresión del « derecho patrio ») en materia de familia y de sucesiones, que son los ámbitos en que las diferencias con otros derechos españoles eran y son más notables (legítimas frente a libertad de testar; régimen matrimonial de sociedad de gananciales frente a régimen de dote y separación, viudedad, simplificando ahora mucho).

La Comisión creada en 1846 presentará al Gobierno, en 1851, un Código completo. No fue ley, pero es el precedente reconocido y obligado del vigente (1889), cuyo influjo se hizo notar también en códigos americanos (el chileno de Andrés Bello, el argentino de Sarsfiel). Pero, obviamente, no puedo detenerme aquí en la (larga y compleja) historia de la codificación civil en España<sup>(19)</sup>, sino tan solo mostrar en ella los rasgos que explican la subsistencia de los derechos forales cuando por fin se apruebe un código (y hasta nuestros días).

En cierto sentido, esta explicación es muy sencilla: el código, por decisión de los poderes públicos, expresada oficialmente de la manera más clara en 1851 (pero ya desde 1836), debía recoger el « derecho patrio » (revisado, reformado, expurgado, con las innovaciones necesarias, sistematizado, expresado en forma sintética y resolutive)<sup>(20)</sup>. Ahora bien, la identificación del derecho castellano

<sup>(19)</sup> J. BARÓ PAZOS, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1992.

<sup>(20)</sup> Son muy expresivas las palabras de García Goyena (vicepresidente de la Comisión de Códigos), en el Prólogo a sus *Concordancias, motivos y comentarios*, para defender el proyecto de las acusaciones de afrancesado o innovador: « el Código [se refiere al Proyecto] en su casi totalidad no es sino lo existente, pero con mayor claridad y orden, desembarazado de sus dudas y llenados sus vacíos »; y poco más adelante, tras notar que lo que pueden parecer innovaciones se encuentran ya en nuestros Fueros antiguos, las justifica « porque conviene que se sepa que una de las principales bases adoptadas por la Comisión general, fue 'no innovar sino por necesidad, o evidente utilidad' » (Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852). Lo que no quita que García Goyena pueda mostrar (en sus

con el « patrio », con exclusión de las demás tradiciones jurídicas españolas, se enfrentaba a una realidad de la que eran conscientes los sucesivos gobiernos y de la que no podía prescindirse.

Así lo advierte el gobierno en 1851: « ...la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no solo en determinados territorios de la Monarquía, que en otro tiempo formaron estados independientes, sino también hasta en no pocos pueblos pertenecientes a provincias en que por lo general se observan los Códigos de Castilla... » es lo que « aumenta considerablemente las dificultades y obstáculos que siempre ofrece la publicación y ejecución de todo Código general ». Es esta realidad plural, más que una supuesta (e inencontrable) protesta de los « foralistas »<sup>(21)</sup>, la que invoca el ministro Ventura González Romero (R. O. 12 junio 1851) para no enviar el proyecto a las Cortes y someterlo a información pública<sup>(22)</sup> (en la que, por cierto, tampoco hay muchas alusiones a este problema)<sup>(23)</sup>.

---

*Concordancias*) una « auténtica admiración por el derecho francés, como se deduce de las reiteradas citas que hace del texto de Napoleón » (BARÓ PAZOS, *La influencia del Código civil*, cit., p. 76). Mayor interés para lo que aquí tratamos: « El proyecto de 1851 se nos presenta como una simbiosis entre el derecho francés, principalmente, y el derecho español, y dentro de este, el derecho castellano y los proyectos codificadores anteriores están representados prácticamente en exclusiva, pese a intentos puntuales de transacción con las legislaciones forales en lo que se refiere a concretas instituciones » (p. 77).

(21) Sin embargo, sigue citándose como apodíctica la, en mi opinión, infundada afirmación de DE CASTRO (*Derecho civil de España*, cit., p. 192): « esta medida dilatoria » « la origina el mayor enemigo que ha de tener la codificación: la oposición de los foralistas ».

(22) SAENZ DE SANTA MARÍA, *Las comisiones*, cit., p. 257: « La única interpretación posible a esta un tanto esquizoide comunicación [la dirigida por el ministro González Romero, en el gabinete presidido por Bravo Murillo, al propio Bravo Murillo en su concepto de presidente de la comisión de códigos] es que mientras que como jurista Bravo Murillo apoyaba plenamente el proyecto de código civil, como presidente del Consejo de Ministros no podía apoyar la tramitación de un proyecto conflictivo que podía tener graves consecuencias para su gabinete ».

(23) Eugenia TORIJANO PÉREZ, *Derecho Civil en la Universidad de Salamanca: el informe al proyecto de Código Civil de 1851 de la Facultad de Jurisprudencia*, en *Cultura, política y práctica del derecho: juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, coord. por Salustiano de Dios de Dios, 2012, pp. 315-382.

## 6. *Códigos y Derechos forales en la Universidad.*

Los juristas de Cádiz o del trienio liberal apenas habían tenido ocasión de estudiar las « leyes patrias » en las universidades. La enemiga de los ilustrados contra el derecho romano había contribuido al deterioro de su cultivo, pero apenas conoció éxito su empeño por introducir en la enseñanza universitaria el « derecho real » (empeño, por otra parte, no tan decidido como para dotar una cátedra con este propósito). Los jueces y abogados conocían el derecho patrio por su práctica gremial ante los tribunales, mal ensamblada con el discurso académico y, en todo caso, diversa: el Derecho catalán o el aragonés podían ser mal conocidos por los abogados de estas regiones, pero no menos conocidos que el castellano en la suya. Enseñar y codificar el Derecho patrio era, en lugar muy relevante, una condición para mejorar la administración de justicia en todo el reino.

Hacia mediados de siglo la universidad no solo enseña « Códigos »<sup>(24)</sup>, sino que estos ya no son en exclusiva los cuerpos legales históricos de Castilla, pues ahora tienen entrada en las aulas también los Derechos forales. Y esto en todas las universidades del reino (entonces diez, dominadas por la nueva de Madrid, proclamada « Central »), fuertemente centralizadas, que funcionan como dependencias ministeriales con planes de estudios, programas de asignaturas y exámenes uniformes en todas ellas, tanto en Santiago como en Sevilla, en Barcelona como en Valladolid, en Zaragoza como en Salamanca (o Valencia, Granada u Oviedo).

En 1846, la lista de textos oficiales para la enseñanza de la asignatura de sexto año llamada « Códigos civiles españoles » (¡en España teníamos, no uno, sino muchos códigos civiles!), incluye solo textos castellanos (más el código de comercio de 1829)<sup>(25)</sup>

---

(24) Sobre « Códigos » y codificación en la enseñanza universitaria española de la época llamó la atención Carlos PETIT, *El Código inexistente, I. Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX*, en ADC, 48 (1995), 4, p. 1442 y ss.

(25) La lista oficial es la siguiente:

El Fuero Juzgo: Madrid, 1815, un tomo en folio.

El Fuero Real: Salamanca, 1569, un tomo en folio.

Las Siete Partidas con la glosa de Gregorio López: Salamanca, 1555, cuatro tomos en folio.

Idem: Madrid, 1789, cuatro tomos en folio.

Con el nuevo plan de estudios, en 1850 a la asignatura « Ampliación del derecho español, parte mercantil y penal » se añade la coletilla « y *fueros particulares* ». Cómo debía entenderse esto, lo aclara una real Orden <sup>(26)</sup>, que ordena para esta asignatura que « en la parte de fueros particulares, los catedráticos harán notar las variantes con nuestro derecho común en los de Aragón, Cataluña, Navarra, Vizcaya, Álava, Guipúzcoa y Mallorca ». La lista de fueros particulares (o fueros provinciales), como la de textos, se mantiene (con variaciones) en los años siguientes. Con la ley de instrucción pública de 1857 (Ley Moyano, art. 47), los estudios de derecho incluyen « el estudio de los Códigos y Fueros provinciales », lo que se concreta en una asignatura de tercer año « Historia e instituciones del derecho civil español, común y foral, lección diaria » y otra de séptimo « Códigos españoles, Ampliación del Derecho civil; Fueros provinciales, lección diaria ». « Derecho civil español, común y foral » será el nombre de las asignaturas de derecho civil (entre dos y cuatro, según épocas) en las universidades españolas hasta finales del siglo XX.

Volvamos a 1851. En aquel año llegó a su cuarta edición el libro de texto de Derecho civil más influyente en la formación universitaria desde su salida al mercado (ya como libro de texto oficial) en 1841 y hasta la restauración (llegó a su 14ª ed., póstuma, en 1886): el escrito por quien fue ministro con Espartero, miembro del Consejo de instrucción pública, de la comisión de Códigos (autor de la famosa exposición de motivos de la ley hipotecaria de 1861) y presidente del Tribunal Supremo con el sexenio revolucionario hasta su muerte en 1871: Pedro Gómez de la Serna. Lo

---

Idem de la Academia: Imprenta Real, 1807, tres tomos en 4º mayor.

El Ordenamiento de Alcalá por Asso y Manuel: Madrid, 1771, un tomo en folio.

Las Leyes de Toro, comentadas por Llamas: Madrid 1827, un tomo en folio.

La Novísima Recopilación: Madrid 1805, seis tomos en folio. El juicio crítico de este Código por Marina: Madrid, 1820, un tomo en 4º.

El Código vigente de comercio, Madrid, 1841, un tomo en 4º.

(Para toda información sobre planes de estudios y libros de texto, es imprescindible MARTÍNEZ NEIRA, *El estudio del Derecho. Libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Madrid, Instituto Antonio de Nebrija y editorial Dykinson, 2001).

(26) R. O. 26 septiembre 1850.

escribió con su amigo Montalbán (ambos catedráticos de la Universidad de Madrid, como hacen constar en la portada de algunas ediciones), con el título *Elementos del Derecho civil y penal de España*. En esta cuarta edición, aumentan su obra con notas que exponen concisamente « los puntos en que las leyes especiales de Aragón, Cataluña y Navarra difieren de las que fueron dictadas para la antigua corona de Castilla ». Se han propuesto

no solo llamar la atención de la juventud que algún día ha de administrar y defender la justicia en los países que se rigen por los referidos fueros, sino excitar a que los estudios de derecho comparado, que empiezan a ser favoritos entre nosotros, no se circunscriban al romano y a los códigos civiles modernos, que parecen todos vaciados en una misma turquesa, y que tomen un carácter más nacional, más variado, más inmediatamente útil atendidas nuestras necesidades presentes, y más favorables a los intereses perpetuos de la ciencia. Dignas son de este estudio comparado nuestras leyes forales: digna es también de alguna recomendación y memoria en la historia de la literatura jurídica, la fama que han sabido adquirirse los jurisconsultos aragoneses y catalanes en la exposición y explicación de sus leyes (27).

Las « leyes forales » no estaban llamadas a desaparecer sin más. Debían ser objeto de atención mayor incluso que los « Códigos civiles modernos » (todos iguales), para que el estudio del Derecho civil fuera más nacional, más útil y más científico.

Lo que no era contrario al proyecto codificador, sino parte del mismo. Los *Elementos* de Gómez de la Serna y Montalbán han podido ser considerados, precisamente, como ejemplo (junto con Gorosabel, De la Vega y Cirilo Álvarez) de manual que « ejecutó la misión de consagrar en las aulas una visión ‘napoleónica’ del derecho civil », una especie de « traducción cultural » del *Code Napoléon* (28). No hay contradicción entre la « forma código » y el derecho patrio. La idea podía ser esta: lo mismo que los franceses han formulado su derecho en la forma de un código, así hemos de reducir los españoles el nuestro a un código de similares características. Código como forma y método para la fijación legal del derecho patrio.

---

(27) Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España, Precedidos de una reseña histórica*, t. I, Madrid, 1865<sup>7</sup>, p. IV del Prólogo.

(28) Carlos PETIT, *España y el Code Napoléon*, en ADC, LXI (2008), IV, pp. 1813-14.

## 7. *Un mapa político de 1852.*

Este « mapa político de España en el que se presenta la división territorial con la clasificación política de todas las Provincias de la Monarquía, según el régimen especial dominante en ellas » forma parte de la *Cartografía hispano-científica o sea los mapas españoles en que se representa a España bajo todas sus diferentes fases* (tomo I, Madrid, 1852, p. 229) <sup>(29)</sup>. Su autor, Francisco Jorge Torres Villegas, dice ser Licenciado y socio de la Económica Matritense de Amigos del País y pretender la representación gráfica « científica » de la realidad. Parece ser « la primera antología cartográfica [española] compuesta por mapas temáticos » <sup>(30)</sup>. No es, en ningún caso, ocurrencia de un activista político de la época <sup>(31)</sup>.

Además del nombre de las capitales de provincia, y prescindiendo de la España colonial, las otras leyendas que aquí interesan son las siguientes, de izquierda a derecha:

España uniforme o puramente constitucional, que comprende estas treinta y cuatro provincias de las coronas de Castilla y León, iguales en todos los ramos económicos, judiciales, militares y civiles.

España foral. Comprende estas 4 provincias exentas o forales que conservan su régimen especial diferente del de las demás.

España incorporada o asimilada. Comprende las once provincias de la corona de Aragón, todavía diferentes en el modo de contribuir y en algunos puntos del derecho privado.

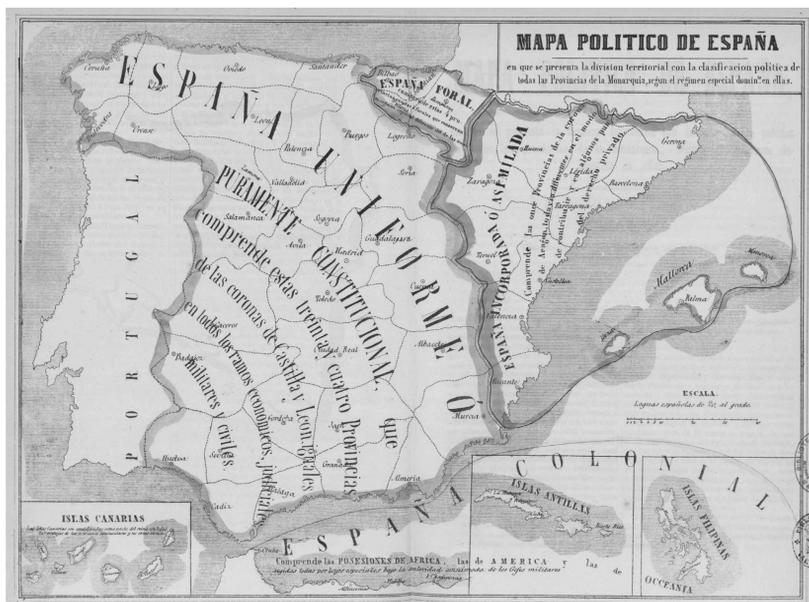
Las divisiones no están basadas en la vigencia de Derechos

---

<sup>(29)</sup> Accesible en [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/8/82/Mapa\\_pol%C3%ADtico\\_de\\_Espa%C3%B1a%2C\\_1850.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/8/82/Mapa_pol%C3%ADtico_de_Espa%C3%B1a%2C_1850.jpg).

<sup>(30)</sup> A. HERNANDO, *Los atlas temáticos del siglo XIX: saber científico y representación cartográfica*, en « Revista de Geografía », XXXII-XXXIII (1998-1999), pp. 107-137.

<sup>(31)</sup> Conviene insistir en ello, porque el mapa ha corrido por las redes en los últimos años como un *fake* independentista. El mapa antecede a la p. 229. De esta a la 303 se explican las divisiones del mapa. Curioso texto que merece la atención de los historiadores. En la loa a España con que comienza se precia de que « ha sido la nación que formó el primer código mercantil que conoció Europa », antes de señalar de seguido que « descubrió y conquistó el nuevo mundo, dominó la octava parte de las tierras conocidas, e hizo sonar por todos los ángulos del orbe su habla armoniosa, que fue la lengua diplomática de las naciones cultas ». Para el autor, tanto Aragón como Cataluña, Valencia y Baleares se incorporaron a la corona de Castilla con los reyes católicos.



civiles distintos, aunque el comentario del autor hace algunas referencias. Pero el hecho es que el mapa coincide en lo esencial con el de los Derechos civiles forales o especiales en la actualidad <sup>(32)</sup>. Las dos diferencias mayores son que, de una parte, Valencia no puede considerarse hoy territorio foral a los efectos del art. 149.1. 8ª CE (el debate lo ha zanjado el TC en sus Ss. de 2016 <sup>(33)</sup>) y que sí lo es Galicia (por decisiones tomadas hacia 1880). Los linderos son prácticamente los mismos, pues la división en provincias (1833) respetó los de los antiguos reinos y otras divisiones históricas. El número de habitantes sujetos de estos derechos forales, que en 1852 podía ser un quinto del total, es hoy aproximadamente un tercio de

<sup>(32)</sup> Lo hace notar a otros efectos Jon ARRIETA ALBERDI, *Entre monarquía compuesta y estado de las autonomías. Rasgos básicos de la experiencia histórica española en la formación de una estructura política plural*, en « Ivs Fvgit », 16 (2009-2010), p. 53, n. 96. Una historia de la formación territorial de España contada por veinte historiadores del derecho, en *Génesis territorial de España*, José Antonio Escudero, coordinador, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007.

<sup>(33)</sup> SS. TC 88/2016, de 28 de abril; 110/2016, de 9 de junio y 192/2016, de 16 de noviembre.

la población española (en 2020, unos 15.7 millones sobre un total de 46.5).

La presencia especial de las Provincias Vascas y Navarra guarda relación con el desenlace de la primera guerra carlista y el mantenimiento de sus fueros (el mapa señala como más importantes los aspectos administrativos y económicos). La Ley de 25 de octubre de 1839, en su artículo 1º, confirmó los Fueros en las Provincias Vascongadas y de Navarra, « sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía ». Según la Ley de 16 de agosto de 1841 (solo para Navarra), art. 2º: « La Administración de Justicia seguirá en Navarra con arreglo a su legislación especial, en los mismos términos que en la actualidad, hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del Reino, se formen los Códigos generales que deban regir en la Monarquía » (34).

#### 8. *Las leyes que sí se hicieron.*

Si consideramos la codificación como el proceso de transformación legislativa de un país correlativo a su paso del antiguo régimen a una sociedad, unas estructuras políticas y una constitución liberales (o como instrumento, constatación y garantía de la

---

(34) Para la relación con la codificación civil, Pedro de PABLO CONTRERAS, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La actitud de Navarra ante el Código civil (1841-1889)*, en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Centenario del Código civil (1889-1989)*, T. I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 517-540. País Vasco y Navarra mantienen durante los siglos XIX y XX una situación constitucional peculiar dentro de España, lo que explica la Disposición adicional primera (« la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales ») y la derogatoria de la Constitución de 1978. Navarra no tiene, propiamente, Estatuto de autonomía, sino que su situación de comunidad foral está regida por la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), de 10 de agosto de 1982. La Compilación del Derecho civil o Fuero Nuevo de Navarra, de 1 de marzo de 1973, no fue aprobada por las Cortes del régimen franquista, sino por ley del mismo Franco que, en su artículo único, « reconoce como vigente el Derecho civil foral de Navarra recogido en el texto » comprensivo de 596 leyes, que se entiende ha sido pactado entre administraciones en virtud de la « ley paccionada » de 1841; la importante reforma de 2019, por ley del parlamento navarro, le proporciona un mejor encaje constitucional. Para la historia de los fueros vascos vista desde la Constitución de 1978, Bartolomé CLAVERO, *Fueros vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Barcelona, Ariel, 1985.

revolución burguesa), los hechos más relevantes de la historia de la codificación civil española no estarían constituidos por la serie de proyectos inacabados o frustrados que hemos ido mencionando hasta ahora, sino, en primer lugar, por las leyes y otros actos normativos efectivamente realizados y al fin (con vaivenes acordes con los avances y retrocesos de esa revolución política) vigentes en toda España antes de la mayoría de edad de Isabel II. Son ellos los que acompañan, contribuyen y constatan el triunfo de la revolución liberal burguesa <sup>(35)</sup>. Merece la pena citar aquí los principales.

— Cerramiento de fincas. D. 8 junio 1813.

— Abolición de señoríos, vasallaje y privilegios feudales. D. 6 agosto 1811 (incorporación a la Corona de todos los señoríos jurisdiccionales enajenados), L. 3 mayo 1823, L. 23 agosto 1837.

— Abolición de los gremios. L. 8 junio 1813, D. 20 enero 1834, L. 6 diciembre 1836.

— Abolición de vinculaciones y mayorazgos. D. 8 junio 1813, L. septiembre 1820, R. D. 30 agosto 1836, L. 19 agosto 1841

— Desamortización eclesiástica (comenzada ya en el siglo XVIII) D.D. 16 y 19 febrero y 8 marzo 1836, L. 29 julio 1837 (Mendizabal).

— Desamortización eclesiástica y civil (Madoz) 1855.

Cuando se redacta oficialmente un código civil completo (por primera vez, el proyecto de 1836) ya no tienen cabida en el mismo las instituciones del antiguo régimen que pudieran limitar el ahora sacrosanto derecho de la propiedad privada o la libertad de contratación. Es en lo que no acoge el Código, lo que ha sido ya excluido eficazmente del derecho anterior, donde puede verse como decisiva la influencia (de la revolución) francesa; mucho más que en los contenidos acogidos, que pretenden ser de derecho patrio. Llegados ya a 1889, la influencia francesa me parece más trascendente en lo

---

(35) El « periodo propiamente revolucionario » « puede considerarse en lo que a legislación se refiere concluido para agosto de 1837, aun cuando fue preciso esperar a 1840 para que se promulgaran las últimas disposiciones que el modelo liberal exige ». Miguel ARTOLA, *Antiguo Régimen y revolución liberal*, Madrid, 1978, p. 295. Desde esta página a la 308, exposición de esta legislación revolucionaria liberal. F. TOMÁS Y VALIENTE, *La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen*, en *La Era Isabelina y el Sexenio Democrático* (= *Historia de España Menéndez Pidal*, t. XXXIV) Jover Zamora (dir.), Madrid, 1981, pp. 141-193 y ahora en *Id.*, *Obras Completas*, Madrid, 1997, IV, pp. 3539-3588.

que se excluye (pactos sucesorios, testamento mancomunado, « testar por otro », rescisión por lesión..., conocidas en el anterior derecho castellano) que en el « afrancesamiento » evidente de algunas instituciones (ausencia, tutela y consejo de familia, testamento ológrafo, por ejemplo). Frente a la influencia francesa, se mantienen en el código muy visibles censos, foros, enfiteusis y servidumbres personales.

Importa recordar también que desde 1829 había un Código de comercio para toda España, que las aduanas interiores desaparecieron, que el sistema tributario estaba centralizado uniformemente (decisiva la reforma de Mon en 1845, aunque todavía hay excepciones, como nos muestra el mapa de Torres Villegas); por otra parte, un aparato judicial de nueva planta había sustituido al del antiguo régimen (el proceso es lento, pero ya antes de la ley de enjuiciamiento civil de 1855 está muy encauzado por el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 <sup>(36)</sup>), hay un Tribunal Supremo de Justicia único para toda España desde 1834, que desde 1838 entiende sobre un recurso de nulidad por infracción de « ley o doctrina legal » (Real Decreto de 4 de noviembre de 1838), que se llamará ya casación en 1852 y pasará como tal a la Lec. de 1855. El Tribunal Supremo creará su propia « doctrina legal », que aplicaba en casación antes de que hubiera Código civil, lo que le convierte en la primera fuerza unificadora del derecho civil antes y después de promulgado este <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Marta LORENTE, *Reglamento Provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica*, en Johannes-Michael SCHOLZ, *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 1992, pp. 215-295. Para Ortiz de Zárate, el reglamento de 1835 « es la parte más interesante de nuestra legislación moderna », y así lo enumera entre los códigos en su *Análisis histórico-crítico de la legislación española*: lo señala PETIT, *El código inexistente*, cit., I, p. 1447. La instauración y unificación de la administración de justicia era el objetivo prioritario de los reformadores liberales; el código civil era, desde este punto de vista, un instrumento más para el ejercicio correcto de la jurisdicción ordinaria.

<sup>(37)</sup> Al llegar a este punto en la redacción de este escrito se me ocurrió visitar la página Web del Tribunal Supremo para comprobar alguna fecha que bailaba en mi memoria. Me encontré con que en su « información institucional » incluía una « historia

En la segunda mitad del siglo se promulgan leyes especiales (generales por su ámbito territorial de aplicación) cuyo contenido no pasará al Código, sino que este las declarará vigentes. Esta es la política codificadora de los gobiernos moderados <sup>(38)</sup>, que se perpetuará. Minas (1849, 1859), aguas (1866, 1879), propiedad intelectual (1879); ley hipotecaria (1861, garantía y legitimación de la propiedad inmueble procedente de desvinculaciones y desamortizaciones, además de impulsora del crédito territorial), ley del notariado (1862).

La Ley hipotecaria es una parte del Código civil. Registro de la propiedad inmueble e hipotecas eran títulos del proyecto de 1851 (los XIX y XX del libro IV, arts. 1782-1887), ya previstos en las bases para el Código civil aprobadas en 1843. Cuando el proyecto de 1851 es llevado a vía muerta por el ministro González Romero, el

---

del TS », tal como esperaba, pero lo que leí fue una sorpresa. En el segundo párrafo la narración está todavía en tiempos de la Reconquista, con cita del Fuero Juzgo y las Partidas, para pasar a continuación a reseñar el poder del Consejo de Castilla, del que parece considerarse feliz sucesor (lo es, sin duda, incluso con traspaso de magistrados cuando se suprimió este). Importa más la exaltación de la vanidad (« Muchas de las disposiciones de esta época se encaminan a exaltar la Magistratura y a robustecer su prestigio respondiendo a este propósito la Real Orden de 20 de abril de 1844, por la que se crea el Gran Collar de la Justicia, con destino al Presidente del Tribunal Supremo, para su enaltecimiento y como distintivo de la más alta jerarquía judicial ») que, por ejemplo, la fecha de introducción del recurso de casación civil, que no encontré. Este ejercicio de autocomprensión y presentación a terceros por parte del Tribunal Supremo puede enseñar más y en menos tiempo a ojos de un observador ingenuo sobre la relación entre historia e instituciones jurídicas en la práctica discursiva española que cualquier monografía académica. Por cierto, en un último brevísimo apartado (« Reorganización del TS ») se hace referencia a la Constitución de 1931 para acabar citando la de 1978, con púdica omisión de la dictadura franquista. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Informacion-institucional/Historia-del-TS/> Visitado el 10 de marzo de 2021.

<sup>(38)</sup> En la Real Orden (12 de junio de 1851, Gaceta del 14) que el ministro Ventura González Romero dirige al « Sr. Presidente de la Comisión de Códigos » (Bravo Murillo, que es al tiempo presidente del Consejo de Ministros) se considera que es conveniente y necesario que antes de tomar resolución definitiva, « se discuta previamente por personas competentes para ello » (para lo que se ordena su publicación privada), pero se añade: « [...] sin perjuicio de que el Gobierno pueda presentar a las Cortes, desde luego, los proyectos oportunos sobre determinadas materias de notoria conveniencia o que no ofrezcan graves obstáculos y dificultades para su aplicación general ».

mismo encarga a Cárdenas en 1852 la preparación de unas bases y un proyecto de Ley hipotecaria. En el bienio progresista el encargo se hace a la Comisión de Códigos, y ya en el gobierno de la Unión Liberal se reitera a la nueva Comisión, en la que trabajaron especialmente el mismo Cárdenas, Cortina (presidente) y Gomez de la Serna, a quien encomendaron la redacción de la famosa exposición de motivos. Es en este gobierno largo de la Unión liberal cuando el proyecto se aprueba (al final, las Cortes autorizan al gobierno a publicar el proyecto como ley, como cauce para evitar un indeseado debate artículo por artículo), para su entrada en vigor en enero de 1863 en la península e islas adyacentes. Su puesta en práctica, con el establecimiento de un registro en todos los pueblos cabeza de partido judicial, a cargo de unos nuevos funcionarios que se llamarán registradores (y el cierre con consiguiente siguiente de las antiguas contadurías de hipotecas), no fue fácil, pero su triunfo fue decisivo para la consolidación de la propiedad inmueble, su publicidad, la seguridad de las transacciones, el fomento del crédito hipotecario y la contención de los préstamos usurarios. Los problemas no surgieron de la pluralidad de leyes civiles vigentes (aunque tuvieron perfiles diferenciados en algunas regiones, por razones históricas en la configuración de la propiedad). Como hizo notar José Reus, director de la más influyente revista jurídica de la época (la Revista general de legislación y jurisprudencia),

sin embargo de estar representadas en el Congreso todas las provincias que tienen legislaciones forales diferentes de la que rige en las que componen la antigua corona de Castilla, se han asociado de buena voluntad a la uniformidad del sistema hipotecario, a pesar de que tanto encarna en muchos puntos de derecho civil. Y es que se han persuadido de que no se trataba de hacer que prevaleciese la ley de una parte de la Monarquía sobre otras, sino que buscándose lo mejor y más aceptable de todas las leyes y fueros en lo que cabía en las bases capitales de la ley, se ha logrado hacer una obra que tiene verdadero carácter nacional. Continúese por este camino: con perseverancia, con buena voluntad, investigando y aceptando buenas soluciones a las grandes dificultades que presenta la Codificación, se concluirá, no lo dudamos, por llegar a conciliar todas las opiniones y quizás se obtendrá antes de lo que se cree, la deseada unidad de los Códigos y el cumplimiento del precepto constitucional <sup>(39)</sup>

---

(39) RGLJ, XIV (1861), 4, pp. 49-50.

### 9. *Las etapas finales y el decenio decisivo.*

En el sexenio democrático se dieron pasos muy importantes hacia la codificación civil <sup>(40)</sup>. La Constitución de 1869 introdujo de nuevo el « sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes », que venía prefigurado en las deliberaciones de los juristas españoles de todas las provincias en Madrid el año 1863. Coherentemente, cuando se aprobó la ley de matrimonio civil (ley 24 mayo 1870) se hizo asimismo « sin perjuicio además de lo que se dispone por el Derecho foral vigente, respecto a los efectos civiles del matrimonio, en cuanto a la persona y bienes de los cónyuges y de sus descendientes » <sup>(41)</sup>. La ley fue abrogada prontamente en la restauración (9 de febrero de 1875), pero solo respecto de la regulación referida estrictamente a la forma del matrimonio (civil, pero « por su naturaleza perpetuo e indisoluble »), que volvió a ser el canónico en todo caso, pues el resto (verdadero código de Derecho de familia, relativamente innovador, por ejemplo, al prever la emancipación de los hijos al cumplir la edad de la mayoría) pasó al código de 1888. Del mismo año 1870 es la ley de registro civil: por fin, un registro del estado civil de las personas en manos de funcionarios del Estado, no ya de la iglesia; característicamente posterior al Registro de la propiedad y mucho peor dotado que este, cuya ley se modifica sin desvirtuarla en 1869, introduciendo, entre otras mejoras prácticas, las oposiciones para el cuerpo de registradores de la propiedad; ley del registro civil que estuvo vigente hasta mediados del siglo XX <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> « La Revolución de 1868 dio un enérgico impulso a la Codificación ». Merece la pena reproducir las palabras de Gibert (*La codificación*, cit., p. 928), porque en muchos de los relatos de la codificación, siguiendo el empeño de Cánovas por llevar al olvido aquel « sexenio democrático » (o « revolucionario ») se pasa por alto el papel de los gobiernos y asambleas de este periodo en el proceso codificador.

<sup>(41)</sup> « Artículo 1º El Gobierno publicará como ley provisional el proyecto de la de matrimonio civil presentado a las Cortes, sin perjuicio de las alteraciones que las mismas tuvieren por conveniente hacer en él en su discusión definitiva, y sin perjuicio además de lo que se dispone por el derecho foral vigente respecto a los efectos civiles del matrimonio en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes ».

<sup>(42)</sup> Como la Ley orgánica del poder judicial de 1870, que no se derogó hasta 1985. La ley del matrimonio y la del registro proceden de un proyecto de libro I del

En 1873 (20 de agosto), en el breve tiempo de la Primera República, se promulgó una ley general de redención de censos, que al año siguiente (20 febrero 1874), golpe de estado por medio, todavía formalmente república, un decreto comunicado a las disueltas Cortes suspende su aplicación. Son los censos y foros restos muy importantes del régimen señorial que el Código no suprimió. Los más directamente beneficiados por la revolución iusliberal no pensaban que la liberación de los censos hubiera de ser un capítulo obligado de la misma <sup>(43)</sup>. El Código civil fue en esto (como en el matrimonio) un retroceso. Pero el debate sobre foros y rabassas había mostrado la regionalización de los problemas: *rabassa morta* en Cataluña, foros y subforos en Galicia <sup>(44)</sup>. Una manera de retrasar el proceso de desaparición de los foros (por redención) era remitir el problema a un « Derecho foral gallego » <sup>(45)</sup> que solo después de aprobado el Código habría de abordarse. Esta me parece la mejor explicación de la invención en esas fechas del « Derecho foral de Galicia », que parece surgido de la nada en el decreto de Álvarez Bugallal al que me refiero de inmediato <sup>(46)</sup>.

---

Código civil, relativo a las personas y a la familia, que había presentado en 1869 el ministro Romero Ortiz.

<sup>(43)</sup> Bartolomé CLAVERO, *Foros y Rabassas: Los censos agrarios ante la revolución española (segunda parte)*, en « Agricultura y sociedad », 18 (1981), pp. 65-100 (*ad casum*, p. 72).

<sup>(44)</sup> Bartolomé CLAVERO, *Foros y Rabassas: Los censos agrarios ante la revolución española (primera parte)*, en « Agricultura y sociedad », 16 (1980), pp. 27-69.

<sup>(45)</sup> Además de prever en la Ley de Bases de 1880 (inciso final de la 26) que « una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble »; pero la identificación de un derecho foral gallego permitía mantener la cuestión de los foros en Galicia al margen de la legislación general. Es notable que textos clave del Código sobre la redención de censos varían de la edición de 1888 a la segunda, de 1889 (lo señala muy oportunamente CLAVERO, *Foros y Rabassas*, 1981, p. 78).

<sup>(46)</sup> Sugiere esta explicación CLAVERO (en particular, *Foros y Rabassas* 1981, cit., p. 79, pero aflora en muchos pasajes) sin llegar a formularla. En cualquier caso, parece más consistente como hipótesis que la mera constatación de la amistad del ministro asturiano Álvarez Bugallal con su casi coterráneo el gallegista liberal Manuel Murguía. En el discurso del ministro Alonso Martínez, 1881, cit. más abajo se menciona a « los foros de Asturias y Galicia » como posible contenido de uno de los apéndices al Código civil que propone.

Con la restauración, las exigencias liberales y progresistas en el contenido del código proyectado retroceden (matrimonio, censos), pero ya no se conocerán decisiones públicas de los poderes del Estado que pretendan prescindir de los derechos forales en el futuro código civil.

La tarea codificadora civil se encauza definitivamente en 1880, dando en la Comisión de Codificación cierta audiencia a juristas de los países de fuera (Decreto de Álvarez Bugallal, en un gobierno conservador, 2 febrero 1880). Ya está claro para todos que no habrá Código si no tiene en consideración a los derechos forales. Fracasa la primera ley de bases (presentada por Alonso Martínez, gobierno liberal, el 22 de octubre de 1881), que ofrece incluir en el código, basado en el proyecto de 1851, algunas instituciones forales y, sobre todo, que serían objeto de otra ley aquellas instituciones de las provincias aforadas que, por estar muy arraigadas en las costumbres, fuese imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia. Su pretensión de que el futuro código fuera supletorio en todas las regiones forales despertó la alarma en Cataluña y Navarra, como suele subrayarse, pero también suscitó rechazo el anuncio de un matrimonio civil facultativo que el partido conservador no estaba dispuesto a aceptar.

Fueran cuales fueran los deseos, convicciones e intenciones personales de Alonso Martínez (que pasa por ser, de acuerdo con su propio relato, el principal autor político del Código), nunca presentó como gobernante propuestas unificadoras a ultranza (nadie lo hizo, ni desde el gobierno o la comisión de codificación ni desde las Cortes). Tras el fracaso de su proyecto de bases de 1881 presentó a las Cortes (24 abril 1882) un proyecto de ley que contenía los dos primeros libros del Código (en que, por la materia, apenas podía haber problemas con los derechos forales). Enfatiza entonces que

El gobierno mantiene en este punto su promesa solemne de respetar en su fondo y en su esencia el régimen foral, y de traer en su día a las Cortes proyectos de leyes especiales, que, una vez aprobados, sirvan como adición y complemento al Código general en las provincias aforadas <sup>(47)</sup>.

---

(47) Así dice, en atención al libro III, que no es objeto del proyecto y en el que han de abordarse las sucesiones por causa de muerte y las relaciones patrimoniales de familia, para evitar oposición a su proyecto sobre los dos primeros libros del Código, en

En 1885 es el ministro conservador (consecuencias del turno) Francisco Silvela el que presenta al Senado un segundo proyecto de bases (7 enero 1885), que se diferencia del anterior en respetar el derecho supletorio propio de cada una de las regiones forales. Aprobado por el Senado y comenzada la discusión en el Congreso, un nuevo cambio de gobierno (provocado por el fallecimiento del rey Alfonso XII) lleva de nuevo a Alonso Martínez al ministerio de Gracia y Justicia, lo que le permite refrendar (halagos de la fortuna, escribirá) la ley de bases finalmente aprobada por las Cortes y el decreto por el que se publica el texto articulado del Código que ya tenía redactado la Comisión de codificación.

Cabe todavía avanzar mucho en el análisis político de la discusión y aprobación de la ley de bases y del código en el decenio decisivo de 1880-1889, un análisis que tenga en cuenta con algún detalle los debates parlamentarios, las fuerzas políticas en el Senado y en Congreso<sup>(48)</sup>, las posturas de los partidos y sus posibles compromisos y contradicciones internas, pero que vaya también algo más lejos en la atención a las fuerzas políticas y sociales y en las tensiones de los nacientes nacionalismos. Poco puedo sugerir aquí, y únicamente sobre el cómo y por qué de la subsistencia de los Derechos forales. El relato dominante se basa mayormente en el testimonio de uno de los protagonistas, ciertamente de la mayor importancia, que nos cuenta su visión de parte y construye como antagonista a los «foralistas»<sup>(49)</sup>. Al menos, es imprescindible aclarar que no hay en estas fechas un partido político «foralista» (ni

---

la exposición de motivos de la ley de artículo único con la que pretendía también evitar o limitar la discusión parlamentaria sobre el articulado. «Artículo único. Se autoriza al Ministro de Gracia y Justicia para que publique como Ley el adjunto proyecto de los dos primeros libros del Código civil. Madrid, 24 de abril de 1888. — El Ministro de Gracia y Justicia, Manuel Alonso Martínez» (Manuel PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pp. 37 y 38).

<sup>(48)</sup> Por el momento, BARÓ PAZOS, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, cit., p. 209 y ss. Muy útil, el *Código civil. Debates parlamentarios 1885-1889*. Estudio preliminar de José Luis de los Mozos. Edición preparada por Rosario Herrero Gutiérrez y María Ángeles Vallejo Ubeda. Madrid, Senado, 1989.

<sup>(49)</sup> Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1884. También en *Manuel Alonso Martínez, vida y obra*, Carlos Rogel Vide, Carlos Vattier Fuenzalida (coord.), Madrid, Tecnos, 1991.

regionalista, de ninguna parte de España). Los partidos que componen las Cámaras que debaten sobre el Código son, con aplastantes mayorías, el conservador de Cánovas y el liberal de Sagasta <sup>(50)</sup>, que desde el gobierno presentan los proyectos de ley. En este último milita Alonso Martínez, en su ala más moderada. En el Parlamento largo (1886-1890), que aprobó la ley de bases y debatió luego sobre la adecuación del Código a las misma, el predominio del partido liberal gubernamental es incuestionable (278 de un total de 392). No parece que entre las prioridades políticas del gobierno de Sagasta (1885-1890) estuviera la aprobación del Código civil. De hecho, en la llamada « ley de garantías » que firmaron las fuerzas políticas que iban a apoyarlo no figura esta iniciativa, mientras que sí las que realmente importaban: ley de asociaciones, del jurado, del sufragio universal (masculino) <sup>(51)</sup>.

Tanto la ley de bases, fracasada, propuesta en 1882 por Alonso Martínez, como la finalmente aprobada propuesta en 1885 por Francisco Silvela coinciden en el criterio de asumir en el Código algunas instituciones de los derechos forales que pudieran generalizarse, en mantener vigentes los Derechos forales una vez aprobado el Código (que no había de derogarlos ni afectarlos) y en anunciar leyes posteriores que los recogieran como apéndices. Las dos diferencias principales entre ambos proyectos de leyes de bases, como el mismo Alonso Martínez señalará, son la regulación del matrimonio — la primera establecía el matrimonio civil como facultativo, en la segunda, tras negociaciones con el Vaticano, el matrimonio canónico será obligatorio para cuantos profesan la fe católica — y el derecho

---

<sup>(50)</sup> En las elecciones a Cortes de 4 de abril de 1886, preparadas desde el gobierno de Sagasta, de un total de 392 diputados, los diputados liberales y adictos al gobierno suman 278, frente a 56 conservadores, 22 republicanos, 11 romeristas, 10 de la izquierda dinástica, 4 independientes, 2 carlistas y 9 no identificados. Es evidente que se aprobaba lo que decidiera el partido liberal, dirigido por Sagasta desde la presidencia del gobierno.

<sup>(51)</sup> La llamada « ley de garantías » es un acuerdo (4 de junio de 1885) entre dirigentes de diversas fuerzas políticas a la izquierda del partido de Sagasta que aceptan la Constitución de 1876 y se unen bajo la jefatura de este. Redactada por Alonso Martínez y Montero Ríos, para esa fecha ya se había debatido en el Senado y recibido en el Congreso el proyecto de bases de Silvela, que, por lo que se ve, no suponía ningún problema para las fuerzas liberales.

supletorio de los derechos forales. La ley finalmente aprobada mantiene como supletorio de los derechos forales el romano y el canónico, antes que el Código civil. Menos en Aragón (y Baleares), por iniciativa aragonesa, basada en lo acordado por los juristas aragoneses en su Congreso de 1881 <sup>(52)</sup>.

La postura catalana fue distinta y el foco se ha centrado, con fundamento, en la persona de Durán y Bas. Miembro muy relevante del partido conservador, senador por vez primera en 1886 en representación de las Sociedades Económicas de la región de Barcelona <sup>(53)</sup>, no tiene detrás, ni en Madrid ni en Cataluña, una fuerza política propia que pudiera entrar a negociar, mucho menos a imponer, una solución determinada sobre los Derechos forales; aunque sí el apoyo explícito de asociaciones de propietarios que dirigen escritos al Senado cuando este comienza sus deliberaciones en 1885 <sup>(54)</sup>. Ampliando el plano, conviene recordar que el « Memorial de greuges », que suele considerarse el primer manifiesto del catalanismo político, había sido presentado efectivamente a Alfonso

---

<sup>(52)</sup> La petición de que el Código civil fuera el único derecho supletorio en Aragón la hace la Academia Jurídico-práctica aragonesa (Colegio de abogados) al Senado, en escrito firmado por su presidente el Barón de Mora, es decir, Luis Franco y López, senador, prohombre del partido moderado, representante del Derecho aragonés en la Comisión de Codificación. La defiende con éxito en el Congreso el diputado republicano (unitario) Joaquín Gil Berges, que había sido ministro de Gracia y Justicia en la primera República y, luego, será presidente de la comisión aragonesa que presentó en 1904 el proyecto de Apéndice que, veinte años más tarde, fue la base para la redacción del Apéndice de 1925, en cuyo debate en la Comisión de codificación (que presidía y en la que decidía Antonio Maura) actuó como representante aragonés el sucesor de Gil Berges en el decanato del Colegio de abogados y en la jefatura del republicanismo zaragozano, Marceliano Isabal.

<sup>(53)</sup> Para las elecciones al Senado, las Sociedades económicas de amigos del país se entendían agrupadas en regiones: en la de Barcelona votaban los compromisarios de las asociaciones de Barcelona, Baleares, Cervera, Lérida, Tarragona, Tudela y Zaragoza (Ley del 8 de febrero de 1877, dictando disposiciones para la elección y organización del Senado, art. 1). Esto permitía a Durán y Bas alegar cierta representatividad de la mayor parte de las regiones con derecho civil propio.

<sup>(54)</sup> Su lealtad al Estado y al proyecto codificador, tal como quedó aprobado en la ley de bases y el Código, la demostró al aceptar el ministerio de Gracia y Justicia inmediatamente después del « desastre » del 98, en el gobierno Silvela, desde el que impulsó la revisión decenal del Código y la puesta en marcha de los apéndices.

XII en 1885 <sup>(55)</sup> y puede que el anuncio de la discusión parlamentaria del Código civil contribuyera a la formación del memorial, obra de asociaciones muy variadas con elementos sin duda muy conservadores, pero también de la izquierda, como el mismo Valentí Almirall, republicano, que pasa por ser su redactor. Por otra parte, las relaciones del partido liberal con el catalanismo político son evidentes, basta recordar la figura de Víctor Balaguer, de muy antiguo trato con Alonso Martínez y con quien coincide en el gobierno, pues fue ministro de Ultramar en 1886 (alternando con Gamazo en el ministerio y la presidencia del Consejo de Ultramar), y mantuvo siempre estrechas relaciones con los liberales vallisoletanos (por debajo, los intereses económicos que unían a los terratenientes cerealistas castellanos y los empresarios catalanes del textil en la busca del proteccionismo arancelario) <sup>(56)</sup>.

En la década de los ochenta, los «foralistas» que, según reproche luego muy repetido, impiden la realización del ideal de un solo Código civil para toda España, no son, obviamente, los autores de obras que exponen uno o varios derechos forales. Tampoco, sin más, los juristas — abogados — de las regiones con Derecho propio. Son los partidos políticos, en particular los dos turnantes, los que han interiorizado la necesidad de respetar los Derechos forales, espoleados acaso por sus clientelas electorales provinciales (que serían los «foralistas» en el seno de cada partido), pero muy probablemente en coherencia con sus convicciones políticas sobre la unidad de la patria, su diversidad, el respeto debido a la historia y la oportunidad para la convivencia en común de una salida a la codificación civil que no gustaba plenamente a nadie, pero que podía ser aceptada como transaccional. El convencimiento de Silvela sobre la bondad de la solución que propone en 1885 (finalmente aprobada en 1888) es evidente en virtud de testimonios anteriores y

---

<sup>(55)</sup> Las Bases de Manresa son posteriores, de 1892.

<sup>(56)</sup> Para las relaciones políticas de Víctor Balaguer con los liberales (también los conservadores) vallisoletanos, Esther CALZADA DEL AMO, *Germán Gamazo (1840-1901). Poder político y redes sociales en la Restauración*, Madrid, Marcial Pons, 2011. En p. 209 y ss. la intervención de Balaguer en la formación de la «izquierda dinástica» en Valladolid en 1883 (vid. también las páginas listadas en el índice de nombres, p. 528).

posteriores. No tenemos por qué dudar de la buena fe de Alonso Martínez cuando planteó, con solución similar (salvo en el Derecho supletorio) su proyecto de 1882 <sup>(57)</sup>. Es el hecho de la pluralidad de las Españas, que una vez más habían puesto de manifiesto en fechas recientes, en las formas más desgarradoras, la tercera guerra carlista y el cantonalismo que acabaron con la primera república, el que, asumido de diversos modos por las fuerzas políticas de la época, lleva a la solución transaccional.

La consecuencia es que los derechos forales no son derogados o suprimidos, antes más, se dispone que « se conservarán por ahora en toda su integridad ». La unidad legislativa no ha sido posible. Para muchos, el Código ha fracasado. Otros apreciarán que los derechos particulares se conservarán « en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario » (art. 12 Cc. 1889), y todos cavilarán sobre los designios del « por ahora ». La ley de bases ordenaba al Gobierno presentar « en uno o en varios proyectos, los apéndices del Código civil... » (art. 6) « en el plazo más breve posible » (art. 7; algunas enmiendas hablaban de seis meses), previo informe de las Diputaciones provinciales y los Colegios de abogados concernidos. El Gobierno no mostró mucho interés en cumplir el encargo, aunque en un primer momento apremió a las corporaciones informantes. Diez años más tarde, es el ministro Durán y Bas el que ordenó establecer comisiones codificadoras en los países de fuero. Es también cierto que, a partir de cierto momento, en algunas regiones — señaladamente, en

---

(57) Otro testimonio suyo, al inicio de su gestión ministerial: « ¿Pretende el Gobierno por esto que una misma ley rija en todo el territorio español, haciendo entrar en ella de pronto y con violencia, como en otro lecho de Procasto, las instituciones jurídicas especiales, secularmente conocidas y observadas en las provincias donde existe el régimen foral? El gobierno es hostil a los procedimientos de la fuerza y entiende que ha producido grandes males en España y otros pueblos la imitación servil de las ideas dominantes en Francia, donde con frecuencia se ha confundido el principio sacratísimo de la libertad con el más subalterno de la igualdad, sacrificando las condiciones de la vida real a la simetría y al arte, y haciendo tabla rasa de estos grandes y delicados organismos históricos que no pueden funcionar ordenada y regularmente sino a condición de respetar en ellos determinadas y no bien conocidas instituciones seculares » (Discurso leído por Alonso Martínez, Ministro de Gracia y Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1881, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1881, pp. 18-19; vid. también p. 21).

Cataluña — desconfiaban de un procedimiento que acababa dando la última palabra a Madrid. No se aprobó un Apéndice hasta 1925 (el aragonés); hasta después de la guerra civil no se abordó el nuevo proceso de redacción de compilaciones (de 1957 a 1973), la Constitución de 1978 cambió las bases del sistema, garantizó y propició el desarrollo de los « derechos civiles forales o especiales » autonómicos.

10. *No es un lunar. Nigra sum sed formosa.*

El pluralismo jurídico civil de base territorial en España no es una cualidad adventicia o adjetiva, sino cualidad interna y estructural del Derecho civil de los españoles. No es un lunar. No es accidente externo o añadido, sino lo que lo identifica y distingue. La codificación civil no fracasó o quedó frustrada por la conservación de los Derechos forales (aunque sí el proyecto unitario castellanista, que no fue asumido por ninguna autoridad del Estado desde, al menos, 1851), sino que es una codificación de Derecho civil con variantes territoriales en ciertas materias. La crítica al Código civil por no haber logrado la unificación del Derecho español continúa, sin embargo, hasta hoy en los libros de muchos profesores de derecho civil y en la cabeza de los altos cargos técnicos del Estado que aún se ocupan de estas cosas. Pero es un lamento inútil y perturbador que entorpece el estudio y la enseñanza del derecho civil lo mismo que su desarrollo doctrinal y legislativo. De todo el Derecho civil, no solo el « foral ».

La codificación civil no acabó con la aprobación del Código en 1888 y su edición reformada al año siguiente. De acuerdo con el Código y su ley de bases, debía continuar su curso con la inmediata formación de apéndices y las periódicas revisiones decenales<sup>(58)</sup>. Aunque una y otras se fueron posponiendo, hubo revisiones y hubo codificación de los Derechos forales. Las revisiones del Código se hicieron esperar, pero luego han sido muy profundas, ya en la segunda mitad del siglo XX, sobre todo en materia de matrimonio y familia (si bien sin plazos fijos y al albur de las circunstancias), e

---

(58) C. PETIT, *“Qualcosa che somiglia all’ammirazione”*: ecos de la *Civilistica italiana en España*, en « Anuario de Derecho civil », 2004, 4, p. 1451 y ss.

insufriblemente ausentes en obligaciones y contratos. La codificación de los Derechos forales, que sufrió retrasos y vicisitudes bajo la Constitución de 1876, la dictadura de Primo de Rivera, la segunda república, la dictadura de Franco y la Constitución de 1978, puede pensarse que ha llegado a su madurez al abrigo del pluralismo territorial que esta consagra. Por supuesto, cabe también pensar en un futuro en que todos los derechos civiles codificados confluyan formalmente en un solo Código (sería el cumplimiento de lo previsto en el Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza en 1946), pero no está ahora en el horizonte.

El pluralismo existente tiene consecuencias legales y doctrinales en muchos de los nodos de las redes de conceptos y de conjuntos normativos del ordenamiento en su totalidad, en la teoría general de las fuentes y de las normas jurídicas, en prácticamente todos los terrenos en que se teoriza sobre normas, sus clasificaciones y relaciones. Los conceptos de derecho común, derecho supletorio, derecho imperativo y dispositivo, se ven envueltos en disputas que no tienen paralelo en otros países europeos de derecho codificado. Comporta, además, un sistema de resolución de conflictos entre normas (derecho interterritorial o interregional privado, paralelo al internacional privado y con la vecindad civil como punto de conexión) y algunas adaptaciones en el sistema de tribunales (recurso de casación civil en los Tribunales Superiores de Justicia).

Me ocupo a continuación únicamente de dos aspectos relevantes, que lo eran ya muy visiblemente en el siglo XIX: libertad civil y Derecho consuetudinario, con especial mención de los estudios de Derecho consuetudinario que, por iniciativa de Joaquín Costa, la Academia de Ciencias Morales y Políticas mantuvo entre 1897 y 1917.

### 11. *Libertad civil.*

Normas imperativas, normas dispositivas, orden público, autonomía privada, son conceptos relacionados entre sí que, en la doctrina española, han recibido también una configuración peculiar al entrar en contacto con la realidad plural de los derechos civiles españoles. Para empezar con un ejemplo, el Código civil admitió en 1888 la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales antes

del matrimonio y de pactar en ellas libremente un régimen económico matrimonial <sup>(59)</sup> « sin otras limitaciones que las señaladas en este Código » (art. 1315). La práctica de capitular y fijar en capitulaciones una organización de las aportaciones y los patrimonios familiares que llegaba incluso más allá de la muerte de los contratantes era común en Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya o Baleares (con muy notables diferencias entre sí), pero casi desconocida en Castilla, donde ya eran poco usados los simples instrumentos dotales (aunque la regulación de la dote ocupó muchos artículos del Código). Con la admisión de las capitulaciones en el Código civil la sociedad legal de ganaciales, procedente de las leyes de Toro (y, lejanamente, del *Liber Iuditorum*, *Lex Dum cuiusquaque*), dejó de ser derecho necesario o imperativo <sup>(60)</sup>, mientras que en algunos de los Derechos forales continuó desarrollándose una doctrina consistente sobre pactos capitulares, pactos sobre la herencia y fiducia sucesoria. De modo que la exclusión del testamento mancomunado y de los pactos sobre la herencia futura eran normas imperativas, de orden público, en el Código civil, pero no para los sujetos a los Derechos forales. El Código civil no expresaba en sus prohibiciones unas reglas morales básicas en el Estado o en la sociedad, puesto que solo afectaban a parte de los ciudadanos. No podía ser la « Constitución civil de España » <sup>(61)</sup>, ni siquiera, plenamente, en cuanto a la

---

<sup>(59)</sup> El uso del sintagma « régimen económico matrimonial » es posterior. En 1888, el precepto del Código (art. 1315, primero del capítulo que abría el título « Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio ») decía: « Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código ». Pero el mismo Código mostraba su recelo por los derechos forales en su art. 1307: « Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código ». El precepto tenía otra redacción y alcance en la edición de 1888: esta de 1889 no fue derogada hasta la Ley de 13 de mayo de 1981.

<sup>(60)</sup> Manuel Ángel BERMEJO CASTRILLO, *Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro de 1505*, Editorial Dykinson, 2009, p. 324 y ss.

<sup>(61)</sup> Como se ha dicho (atribuido a Carbonnier, aunque probablemente se remonta a Demolombe) que el Código civil francés es la « Constitution civile de la

propiedad privada y la contratación. Muchos de sus mandatos o prohibiciones que, interpretados aisladamente o en sus equivalentes en otros Códigos europeos, serían constitutivos del «orden público», incluido el orden público internacional español, no podían serlo en realidad. No podían los tribunales españoles negar la aplicación de leyes extranjeras, llamadas en principio a regir de acuerdo con las normas españolas de Derecho internacional privado, por infringir normas imperativas del Código civil, por ejemplo, sobre la legítima castellana, cuando se conocía en Navarra la libertad de testar y, sin límites siquiera formales, en la Tierra de Ayala (y otros derechos tenían normas que permitían concentrar toda o la mayor parte de la herencia en un solo descendiente).

Con el tiempo, esta diversidad de normas que contribuían a configurar el contenido del orden público interno e internacional llevaron poco a poco también a retrasar algunas barreras prohibitivas del Código civil. En 1981 este admitió las capitulaciones posteriores al matrimonio, con el posible cambio de régimen económico matrimonial y, en general, mayores desahogos a la autonomía privada en las relaciones de familia. También alguna forma de fiducia sucesoria. Algunas leyes agrarias «generales» ya habían admitido, hay que confesar que sin mucho éxito, formas de testamento mancomunado entre cónyuges y algunos pactos sobre la herencia para facilitar la sucesión de las explotaciones agrarias. Quizás algunas instituciones propias de los derechos civiles coexistentes no eran sin más transportables a otras regiones, aunque las que amplían la autonomía privada eran y son sin duda las que pueden generalizarse con mayor facilidad. Instituciones que nacieron y se desarrollaron durante siglos en una sociedad tradicional, rural agraria, y cuyo uso decaía conforme la vida se trasladaba a las ciudades y la industria, verían luego un renacimiento como instrumentos de libre configuración de sus relaciones por los particulares en las cambiadas circunstancias. Así, las capitulaciones matrimoniales tradicionales en tierras de fuero pasaron a ser una rareza en el último cuarto del siglo XX, pero crecieron luego exponencialmente en ambientes urbanos (Madrid, por ejemplo), al principio señaladamente con ocasión de

---

France », la « Constitution de la société civile française ». Pierre NOVAL, *Sur les traces de la « Constitution civile de la France »*, en « RTDciv », 2020, 3, pp. 563-579.

segundos matrimonios de divorciados, pero poco a poco de manera más generaliza e incluso con contenidos llegados de fuera, como los « pactos prematrimoniales » que pretenden regular las consecuencias del divorcio antes de contraer el matrimonio. Los pactos de « custodia compartida » deben también mucho a precedentes e iniciativas de los derechos civiles autonómicos. Son meros ejemplos.

Con el paso del tiempo, es evidente para todos que el Código civil de 1889 no es portador de los principios políticos, morales y técnicos internos al sistema del Derecho civil español, que se encuentran mejor representados en los derechos civiles autonómicos, a lo que contribuye mucho que estos sí están al día.

Que el Código civil de 1889 ha de ser sustituido por otro de nueva planta es convicción muy extendida entre los civilistas y los profesionales del Derecho en España. También que un nuevo Código civil español (que no podría ser tampoco único, unificador, bajo la Constitución de 1978, puesto que garantiza la conservación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales) habrá de acoger algunas o muchas de las instituciones que prohibió o proscribió en el siglo XIX, en el sentido siempre de una mayor libertad civil. La Propuesta de Código civil que la Asociación de Profesores de Derecho civil elabora desde 2015 y presentó en 2018 <sup>(62)</sup> se inspira, en particular para el derecho de sucesiones, en criterios tradicionales de los derechos forales: limita la legítima individual y colectiva, admite testamentos mancomunados, pactos sobre la herencia, fiducia sucesoria.

« Libertad civil », he escrito en las anteriores líneas. « Libertad civil » fue consigna contra el Código civil de Napoleón en Europa <sup>(63)</sup>, pero también valor proclamado por la Constitución española de 1812 <sup>(64)</sup>.

---

<sup>(62)</sup> <https://www.derehocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>.

<sup>(63)</sup> Carlos Petit recoge in extenso el interesantísimo alegato sobre la « libertad civil o particular », contra la pretensión gaditana de unos mismos códigos, del « suizo caballero Karl Ludwig von Haller (1768-1854), el más feroz crítico de la carta gaditana » (*Un código civil perfecto*, cit., p. 25 y ss.).

<sup>(64)</sup> Constitución 1812. Art. 4º. « La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen ». Esta « libertad civil », asociada estrechamente a la propiedad, encuentra un ámbito de desarrollo y garantía en el

« La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1881 »<sup>(65)</sup> es el título de una de las obras del gran Joaquín Costa, que expone bien los anhelos por un Código civil español, de todos los españoles, respetuoso con las tradiciones jurídicas hispanas y fundado, necesariamente, en la libertad civil: el legislador, en este terreno, debería fijar con precisión las (pocas) normas de derecho imperativo, precisar los cauces por los que los particulares regulan sus propios intereses pactando o disponiendo y ofrecer su apoyo en forma de normas dispositivas, supletorias de sus declaraciones de voluntad, para la mejor ejecución de lo que pactaron o dispusieron en los eventos para los que no dieron reglas precisas.

Hoy las leyes civiles autonómicas acogen un principio de « libertad civil » que supone unas relaciones entre el poder político y los ciudadanos en que las leyes no son, simplemente, mandatos de aquel respaldados por amenazas, sino también instrumentos que dan cauce y garantizan el libre desarrollo de los planes de vida de los particulares en sus relaciones entre sí. *Sub tutela iuris publici*, sin duda, pero como derecho de los particulares.

En los títulos preliminares de las Compilaciones, especialmente después de sus reformas de adaptación constitucional posteriores a 1978, y en los Códigos o leyes civiles autonómicas vigentes encontramos más o menos circunstanciadas referencias a la tradición jurídica propia, a la libertad civil, a la manera en que el Derecho estatal resulta ser supletorio, a la consideración del propio derecho

---

arbitraje privado, es decir, en la posibilidad que tienen los particulares de evitar la intervención de los jueces y del Derecho estatales en sus litigios civiles. Es lo que prevén otros artículos de la Constitución, bajo el epígrafe « De la administración de justicia en lo civil »: « Art. 280. No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes. Art. 281. La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar ». No puede ocultarse, sin embargo, que « libertad civil » tuvo también en el liberalismo jurídico referente mucho más limitado, la protección frente a detenciones arbitrarias (así en el Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835, art. 5, que supone, de todos modos, que la libertad civil tiene mayor amplitud y todavía no está suficientemente asegurada).

<sup>(65)</sup> Joaquín COSTA, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1881*, Madrid, 1883; nueva edición, Zaragoza, Guara editorial, 1981 (introducción de J. Delgado E.).

como derecho común; también, y desde el primer momento, a la costumbre como fuente del derecho.

## 12. *La costumbre.*

El énfasis en la costumbre (incluso en la costumbre contra ley en la compilación navarra) podría pasar como signo de la contraposición mayor entre el Código civil y los Derechos forales. El Código mantiene un legalismo muy estricto — la admisión de la costumbre del lugar « en defecto de ley » no ha tenido consecuencias apreciables en la práctica de los tribunales —, mientras que, se diría, los Derechos forales están basados en el derecho consuetudinario. Es un gran equívoco que la coyuntura de la codificación decimonónica agravó y que resulta muy difícil de desenredar. En ningún caso los Derechos particulares distintos del castellano fueron « derechos consuetudinarios » en la edad moderna, frente a un derecho escrito. El Derecho aragonés, el catalán, el valenciano o el navarro se desarrollaron mediante actos legislativos de las Cortes locales con el rey, que se sancionaban y publicaban como mandatos de la autoridad y se coleccionaban en cuerpos formados oficialmente con los nombres de fueros, leyes o constituciones. Lo que ocurre es que, cuando en el siglo XVIII, los juristas del rey de Castilla empiezan a considerar los mandatos de éste como las únicas leyes en todos sus reinos, el Derecho (legislado y) vivido y practicado en Aragón, en Navarra, en Cataluña, en Valencia, en Vizcaya (con vicisitudes distintas a resultas de la guerra de sucesión) solo habrían de valer, para estos parámetros de validez externos, como costumbres toleradas por el monarca, sujetas a su voluntad.

Pero ocurre también que los juristas de los Derechos forales advierten que no todas las instituciones conocidas y practicadas tenían desarrollo suficiente en los cuerpos legales que ahora en Aragón o en Cataluña no pueden ya evolucionar mediante actos legislativos, suprimidas sus Cortes y Parlamentos; por lo que descubren en la fuente consuetudinaria un medio para legitimar aquellas instituciones y prácticas para las que no pueden alegar textos legales. Así se explica el empeño aragonés, que dio frutos, en que el Código civil, al respetar la integridad de los Derechos forales, especificara que el régimen jurídico foral conservado podía ser « escrito o

consuetudinario » (precisión añadida en la segunda edición del Código civil, 1889, art. 12).

La cultura jurídica española moderna es extraordinariamente legalista. No admite que la jurisprudencia o el precedente — mucho menos la doctrina de los autores — puedan ser vinculantes, aunque tenga que enmascarar su innegable relevancia en la práctica <sup>(66)</sup>. En cuanto a la costumbre, es difícilísimo encontrar algún caso en que su existencia — que ha de ser probada por los litigantes — haya sido decisiva en un juicio, a pesar de que el Código civil, en 1888, estableció que « cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar... ». Hay puertas para abrir y puertas para cerrar, recuerdo haber oído a un gran amigo y prudente jurista: el portillo de la « costumbre del lugar » era, en el Código, una puerta para cerrar, lo que han hecho sistemáticamente los tribunales españoles, en fallos no pocas veces engrosados con prolijas y vacías teorizaciones sobre la costumbre como fuente del Derecho. Lo mismo ha ocurrido cuando procedía la aplicación de normas de un Derecho foral, a pesar de que en ellos la costumbre, según las leyes, puede — o debe — ser conocida y aplicada de oficio. Y conforme más avanza el proceso de legislación civil autonómica, en el siglo XXI, más restringida resulta en las leyes la fuente consuetudinaria (Cataluña, Navarra): se comprende, el (nuevo) legislador tiende a ser tan absoluto como los borbones ilustrados.

Esto no significa que la reivindicación de la costumbre por los Derechos forales (o de los Derechos forales como derechos consuetudinarios) haya sido inútil. Por el contrario, ha sido decisiva, desde 1889, para la configuración legal de las instituciones forales. En Aragón, instituciones tales como la junta de parientes, el testamento mancomunado, los pactos sucesorios o la fiducia sucesoria no tenían sino a lo más alguna referencia en el cuerpo de Fueros y Observancias. Su alegación como derecho consuetudinario logró, primero, el

---

<sup>(66)</sup> En cuanto a la doctrina de los autores, quizás el Tribunal Supremo español sea el único tribunal de los países tanto de *Common law* como de *Civil law* que tiene vedado citar en sus sentencias opiniones de autores. Marta LLORENTE SARIÑENA, *La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin códigos (1808-1889)*, en « Quaderni fiorentini », 40 (2011), pp. 135-175.

respeto de los tribunales y, luego, su acomodo en el Apéndice de 1925. En la Compilación de 1967 y, aún más pronunciadamente, en el vigente Código del Derecho foral de Aragón (2011), las cuidadas normas sobre junta de parientes, heredamientos y fiducia se inspiran en las prácticas tradicionales reelaboradas por abogados y notarios durante generaciones para ofrecer un derecho dispositivo, en defecto de pacto o disposición de las partes, muy completo y facilitador del tráfico. De manera similar, la regulación de los heredamientos catalanes, los espolits baleares o los apartamientos vizcaínos, y tantos otros. En 1889, el Derecho gallego alcanzó reconocimiento como foral por ser derecho consuetudinario, y bajo la Constitución de 1978 se ha entendido que la « conservación » de un Derecho foral podía referirse a la fijación en ley de un derecho consuetudinario preexistente, lo que ha dado algunos frutos en el derecho valenciano — arrendamientos históricos — y, en un contexto distinto, a la « legalización » del derecho consuetudinario guipuzcoano.

En estos casos, el contenido de las leyes civiles autonómicas se legitima, no (solo) por ser la voluntad del legislador (ahora democrático), sino porque así se practica o se practicaba por los particulares (porque era costumbre), acaso con fundamento en viejas leyes. En este sentido, en los Derechos forales tiene la costumbre un papel legitimador muy importante, en buena medida sobreactuado por la exigencia a que se vieron sometidos, especialmente desde el Código civil, de probar la vigencia y observancia de las normas propias para que se admitiera su entrada en el purgatorio de los apéndices. La alegación y prueba de historia y costumbre ante el Estado, para su reconocimiento, vino a ser una exigencia de este que desde los territorios con Derecho propio se cumplió lo mejor que se pudo, aun con el riesgo de que, otra vez desde el Estado, se rebajara la consideración de estos Derechos como meros residuos históricos y consuetudinarios (o costumbristas). La Constitución de 1978 no ha puesto fin, o al menos, no claramente, a estas exigencia y riesgos.

### 13. *El Derecho consuetudinario, como derecho vivido.*

El estudio del derecho consuetudinario, como derecho vivido y practicado en la comunidad al margen o con independencia de las normas oficiales del Estado, mostró a caballo de los siglos XIX y XX

un desarrollo característico que, sin ser consecuencia o expresión del foralismo, tenía fuertes relaciones con este. En todo caso, su interés por fenómenos de pluralismo jurídico (en el sentido, por ejemplo, de Eugen Ehrlich) merece aquí alguna consideración.

Fue primero el libro de Joaquín Costa *Derecho consuetudinario del Alto Aragón* (Madrid, 1880) <sup>(67)</sup>. Él mismo amplió luego el radio de observación y buscó otros investigadores que, entre la etnografía, la historia y el Derecho, ilustraran sobre costumbres diversas, fundamentalmente agrarias, en muchas comarcas españolas: así surgió *Derecho consuetudinario y economía popular de España* (Barcelona, 1902), que reproduce la obra anterior y añade un segundo volumen, entre cuyos autores se encuentran Miguel de Unamuno, Victoriano Santamaría, Rafael Altamira, José M. Piernas Hurtado o Gervasio González de Linares <sup>(68)</sup>.

Para entonces, y desde 1897, la Academia de Ciencias Morales y Políticas venía convocando concursos extraordinarios sobre Derecho consuetudinario y economía popular de España (fueron 21, hasta 1917), por iniciativa del mismo Costa (académico de aquella), con el propósito de

promover el estudio del derecho popular de nuestra patria, cuya importancia, no solo para la historia de las instituciones jurídicas peninsulares, sino también y principalmente para auxiliar los futuros trabajos de codificación civil [...] <sup>(69)</sup>

Los « futuros trabajos de codificación civil », cuando Costa publica por primera vez estas palabras, llevaron en menos de diez años al Código civil, sin que este tuviera para nada en cuenta estos estudios del derecho popular. Pero cuando Gumersindo de Azcárate pronuncia en 1911 el discurso de contestación al del académico Joaquín Costa (este sobre « La ignorancia de la ley »; el de aquel, elogio de Costa y del Derecho consuetudinario), el Código lleva más

---

<sup>(67)</sup> Joaquín COSTA, *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, Madrid, 1880.

<sup>(68)</sup> Joaquín COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España* (Barcelona, 1902), editado de nuevo por Guara editorial, Zaragoza, 1981. En realidad, ambos volúmenes tienen una historia editorial compleja, pues los capítulos del primero fueron apareciendo en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, desde 1879 y, luego, algunos del segundo, entre 1886 y 1888.

<sup>(69)</sup> COSTA, *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, cit., p. 152.

de veinte años en vigor, pero la codificación civil no ha terminado, sino que sigue siendo un problema para cuya solución puede contribuir el estudio del derecho consuetudinario. En sus palabras

De ese modo podría quizá tener solución el problema de la codificación en España, compaginándose la *unidad* con la *variedad*, en vez del estado actual, en que resultan regidas cuarenta provincias por un mismo Código (unidad sin variedad) y nueve regidas por distintos Códigos (variedad sin unidad).

En vigor ya el Código de 1889, los « futuros trabajos de codificación civil », eran, por una parte, las revisiones decenales previstas en las disposiciones adicionales del mismo (revisiones nunca cumplidas en sus términos, pero esperadas y reclamadas por la opinión jurídica por los menos hasta los años treinta del siguiente siglo <sup>(70)</sup>); por otra, la confección de los apéndices correspondientes a los Derechos forales. La publicación del Código no había puesto fin a la codificación, y para continuar la tarea (y rectificar la dirección) se proponían estos estudios « relativos al origen y vicisitudes de nuestras instituciones políticas y civiles y su persistencia hasta nuestros días bajo la forma de derecho consuetudinario » <sup>(71)</sup>. Ahora es Hinojosa quien lo dice en la misma Academia, en su discurso de 1907.

Como haría otro historiador del derecho y académico en el suyo de 1912. Rafael Ureña y Smenjaud diserta sobre *Una tradición jurídica española: la autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre* con la intención de que « el conocimiento claro y preciso » de « las gloriosas tradiciones jurídicas de nuestra legendaria España medieval » « pueda influir de algún beneficioso modo en la proyectada reforma del Código civil ».

Ahora bien, si esta voz, que da la mayor relevancia al estudio de la tradición jurídica y el derecho consuetudinario, nos muestra que la codificación civil no se consideraba culminada por la publicación del Código, sino en permanente trabajo de renovación, nos advierte al mismo tiempo de que, para el catedrático de doctorado

---

<sup>(70)</sup> Es ya reproche por lo que no se ha hecho, sin esperanza de enmienda, en el prólogo de la traducción española del ENNECCERUS, firmado en 1934 por Blas PÉREZ GONZÁLEZ (quien sería, tras la guerra, ministro de gobernación con Franco) y J. ALGUER. El prólogo se reproducirá en las ediciones posteriores, hasta la de 1981.

<sup>(71)</sup> E. HINOJOSA, en su Discurso de ingreso en 1907, *Obras*, t. II, p. 345.

de Madrid — sin duda, no era el único — el camino no había ser el del pluralismo, sino el de la unidad. Su artículo « Derecho foral » en la Enciclopedia jurídica <sup>(72)</sup> no deja lugar a dudas sobre su convencimiento de que el código civil español debía basarse en el Derecho castellano (consuetudinario, en su caso). La apuesta por el derecho consuetudinario no va necesariamente de la mano del pluralismo jurídico territorial.

Las investigaciones del derecho popular consuetudinario, que interesaron a relevantes juristas e intelectuales mayormente en la órbita del krausismo, el historicismo y el positivismo científico del cambio de siglos (pero también desde posiciones conservadoras, tradicionalistas e integristas), tuvieron final abrupto en 1917 (más o menos cuando se desvanecen también los ecos de la « nueva escuela italiana » <sup>(73)</sup>) y apenas dejaron rastro en la civilística general española, ya encauzada por el camino de la pandectística (preferentemente italiana) e interesada únicamente, por lo que hace a la costumbre, por fijar los requisitos formales que para su aplicación por el juez impone la ley codificada a la « costumbre del lugar », ya irrelevante como fuente viva del derecho <sup>(74)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> Rafael UREÑA, voz *Derecho foral*, en *Enciclopedia Jurídica española*, tomo XI, Barcelona, Francisco Seix, 1910. Artículo documentadísimo, combativo y polémico, en el que (en forma que parecería impropia en una enciclopedia) el centro del discurso gira en torno a la primacía de Castilla en España, por su contribución única, desde la reconquista, a la formación de la nación española, a la unidad de España. Dos testimonios (ambos en p. 139): « Al asentar semejantes bases de discusión (sobre Derecho común, discutiendo que sea, sin más, el castellano histórico) se han olvidado que Castilla es el *alma mater* de nuestra nacionalidad, el crisol en el cual se han fundido, en la unidad española, todos los particularismos políticos que tomaron cuerpo y vida autónoma y soberana durante esa segunda mitad de los siglos medios, que constituye el brillante e interesantísimo periodo de nuestra historia, al cual unánimemente se ha denominado *España de la Reconquista* ». « Y Castilla cumple noblemente su misión histórica. Encarna el espíritu nacional y le lleva y extiende por todas partes, y por tan sagrados fines, sacrifica en los altares de la patria todo, absolutamente todo, hasta sus legendarias y venerandas libertades ».

<sup>(73)</sup> PETIT, “*Qualcosa che somiglia all’ammirazione*”, cit.

<sup>(74)</sup> Felipe Clemente de Diego, el civilista más relevante del momento, que firmó en 1917 con Altamira el Dictamen de los XX y XXI concursos de Derecho consuetudinario y economía popular, había publicado poco antes *Las fuentes en el Derecho común general, según el Código civil español*, en « Revista de Derecho privado », 3 (1915), pp. 33-46. Cuando al año siguiente (1918) pronuncia su discurso de ingreso en

Es notable que los historiadores del Derecho también hayan querido olvidar la obra de la Academia, según nos advierten Pablo Ramírez Jerez y Manuel Martínez Neira en su imprescindible monografía sobre estos concursos de Derecho consuetudinario <sup>(75)</sup>.

Se trata sin embargo de un aspecto de la historiografía jurídica española que puede ser calificado de invisible para los estudiosos: en efecto, si revisamos las páginas dedicadas a la historia de la disciplina en los manuales de historia del derecho al uso, nunca se menciona a la Academia, a pesar de que todos se detienen en analizar la obra de Hinojosa y su escuela.

Sí quedó huella de Costa y de los concursos de la Academia en la fijación posterior de los Derechos forales, de manera desigual y, posiblemente, no decisiva en ningún caso. Más en el aragonés, respecto del que Gil Berges pudo escribir, al final de la larga y sustanciosa exposición de motivos del proyecto de apéndice que lleva su nombre (1904), que a «Don Joaquín Costa y Martínez sobrarían títulos para reivindicar la propiedad de grandísima porción del proyecto», en buena parte basado en el derecho consuetudinario del Alto Aragón, que Gil Berges tan bien conocía de ciencia propia.

De las veintidós memorias premiadas por la Academia, nueve guardan estrecha relación con las instituciones civiles de los Derechos forales, aunque su influencia en la redacción de las compilaciones es muy desigual. Sobre contratos de cultivo y ganadería en Aragón, así como sobre heredamientos catalanes, escribió el aragonés La Fuente Pertegaz <sup>(76)</sup>, que fue miembro de la comisión constituida en 1935 para la revisión del Apéndice aragonés y acabó su carrera como magistrado del Tribunal Supremo; sigue citándose en el Derecho vizcaíno la monografía de Vicario de la Peña sobre

---

la misma Academia, sobre *El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el código civil español* (Madrid, Imprenta Clásica española, 1918), si bien cita con respeto y admiración la obra de Costa, la orientación metodológica y su misma concepción del Derecho y sus fuentes es totalmente distinta.

<sup>(75)</sup> Pablo RAMÍREZ JEREZ, Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *La historia del derecho en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Los concursos de derecho consuetudinario*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 1.

<sup>(76)</sup> Pedro DE LA FUENTE PERTEGAZ, *Contratos especiales sobre cultivo y ganadería en Aragón*, Madrid, 1916; ID., *Los heredamientos capitulares en Cataluña*, Madrid, 1921.

Derecho consuetudinario de Vizcaya <sup>(77)</sup>; Victorino Santamaría escribió profusamente sobre derecho consuetudinario en Cataluña <sup>(78)</sup>; Hilario Yaben, sacerdote que se manifestará siempre como católico integrista, verá premiada su obra *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia* (en el Lema, una cita muy pertinente de Le Play) <sup>(79)</sup>; Manuel Lezón presentará un estudio sobre Derecho consuetudinario gallego <sup>(80)</sup>. Otras memorias tienen con objeto instituciones concretas, relacionadas con la agricultura o ganadería, con ejemplos de lugares diversos, o se concentran en provincias como León, Murcia, Alicante (esta, de Altamira), Segovia, o territorios más pequeños (Las Pithiusas, el Señorío de Molina).

No puede apreciarse, en los trabajos de la Academia y estos premios especiales, una toma de postura sobre « la cuestión foral » (terminología de la época), sino que se vislumbra una concepción del derecho distinta y contraria al legalismo dominante, abierta a la tradición, las prácticas consuetudinarias y la historia. Por ello pudo tener influencia en la fijación legal y la práctica de los Derechos forales, inclinados e incluso forzados a cultivar estas facetas de la experiencia jurídica, mientras que careció de toda influencia en la legislación civil general, a pesar de que el programa de los concursos deseaba influir en las anunciadas y nunca cumplidas revisiones decenales del Código.

La curiosidad por las prácticas consuetudinarias de relevancia jurídico-privada (o por la observancia real de las normas estatales) apenas ha sido cultivada en España, donde no se ha practicado una sociología del derecho al modo, por ejemplo, de Vincenzo Ferrari. Alguna manifestación de esta curiosidad puede señalarse en los Derechos forales: el Consejo de estudios de Derecho Aragonés

---

<sup>(77)</sup> Nicolás VICARIO Y DE LA PEÑA, *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, Madrid, 1901; también fue premiada su memoria *Costumbres administrativas de la autonomía vascongada*, Madrid, 1903.

<sup>(78)</sup> Victorino SANTAMARÍA Y TOUS, *Derecho consuetudinario y economía popular de las provincias de Tarragona y Barcelona, con indicaciones de las de Gerona y Lérida*, Madrid, 1901.

<sup>(79)</sup> Hilario YABEN YABEN, *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916.

<sup>(80)</sup> Manuel LEZÓN, *El derecho consuetudinario de Galicia*, Madrid, 1903.

elaboró, en los años en que se redactaba la Compilación de 1967, un amplio plan de encuestas dirigidas a profesionales del Derecho de todas las comarcas aragonesas, dirigido a comprobar la « observancia actual » del derecho aragonés <sup>(81)</sup>.

#### 14. *Final abierto. « Sin perjuicio de », ¿una transacción?*

El Código civil para toda la monarquía se anunció en 1812 « *sin perjuicio de* las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes ». Hoy el Código civil español (lo mismo que la competencia legislativa del Estado en la materia) existe « *sin perjuicio de* la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan » (art. 149.1. 8ª CE 1978). La línea de continuidad histórica es evidente, y la formulación constitucional vigente acentúa el peso de la historia. Pero de ello hemos hablado suficientemente en las anteriores páginas, y casi solo de ello.

Ahora, como despedida, unas reflexiones finales al hilo de las palabras entrecomilladas en el titulillo, *sin perjuicio de* que (permítaseme la ironía), más allá de las palabras, o a través de estas, podamos entrever bultos de peso en la historia y en la dogmática del derecho civil español <sup>(82)</sup>.

---

<sup>(81)</sup> J. LORENTE SANZ, *Idea de una encuesta sobre la observancia actual del Derecho civil aragonés*, en « Primera Semana de Derecho Aragonés », y *Avance del resultado de la encuesta sobre la observancia actual del Derecho civil aragonés*, en « Segunda Semana de Derecho Civil Aragonés »; V. FAIRÉN GUILLÉN, *Para la investigación del Derecho procesal vigente en Aragón*, en ADA, II (1945), y *Una encuesta sobre las relaciones internacionales de pastos en los Pirineos*, en ADA, VI (1951-52).

<sup>(82)</sup> Al buscar en Google « *sin perjuicio de* » encuentro, entre otras cosas, la siguiente perla. « Dice el repetido primer párrafo del art. 4.1 Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales (C. A. Andalucía) que ‘Sin perjuicio de las excepciones establecidas en la presente Ley, queda prohibido [...]’ Parece que algunos interpretan ese ‘sin perjuicio’ justamente en sentido contrario a su significado real, que es ‘dejando a salvo’ según la RAE y sustituible por ‘aunque con’ según María Moliner. Quizá si el legislador hubiera utilizado alguna de dichas frases sinónimas (‘Dejando a salvo las excepciones establecidas en la presente Ley, queda prohibido [...]’ o ‘Aunque con las excepciones establecidas en la presente Ley, queda prohibido [...]’) nadie interpretaría el ‘Sin perjuicio [...]’ como ‘Sin tener en cuenta [...]’ que es lo que parece

«*Sin perjuicio*»: *loc. adv. Dejando a salvo*. Copio del Diccionario de la lengua española, voz «perjuicio». De manera no totalmente coincidente, el prestigioso Diccionario de María Moliner entiende que «sin perjuicio de» puede sustituirse por «aunque». No es exactamente lo mismo. Si acudimos a la voz «aunque» en el mismo diccionario, comprobaremos la pluralidad de significados, las formas muy varias en que «aunque» (y, por tanto, «sin perjuicio de») relaciona dos enunciados. La locución puede ser concesiva, pero también adversativa y transactiva. En el uso prescriptivo del lenguaje surgen problemas específicos (como puede ser la utilización del indicativo o del subjuntivo en el enunciado precedido por el «sin perjuicio»: por ejemplo, ¿dice lo mismo «sin perjuicio de lo que dispone...» y «sin perjuicio de lo que disponga...»?).

La locución es profusamente empleada en las leyes españolas y es raro el caso en que con ello no planteen un problema de interpretación<sup>(83)</sup>. Se afirma una cosa y otra distinta, que puede ser ajena al referente de la primera, pero también contraria o contradictoria. Y el intérprete se las apañará para delimitar campos y relacionar regulaciones o competencias que se afirman simultáneamente. A veces pueden entenderse como remisiones a otros conjuntos normativos (quizás futuros), en ocasiones también como regla y excepción, pero siempre en términos laxos, dejando abierto el alcance de una y otra.

Ocurre en normas de cualquier rango. Pero parece que mucho más en las de mayor altura. En la Constitución, señaladamente: en ella el «sin perjuicio de» comparece veintiuna veces, y once de estas

---

haber ocurrido en los casos comentados» (Anónimo <https://asanda.org/documentos/legislacion-y-procedimiento/sin-perjuicio-de..>).

<sup>(83)</sup> Un caso famoso nada más abrir el Código civil (Tit. Prel. reformado en 1974). Dice el apartado 4 del art. 1: «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, *sin perjuicio de* su carácter informador del ordenamiento jurídico». Sin perjuicio (permítaseme de nuevo la ironía) de que es (o sea) difícil de precisar ese «carácter informador», la locución «sin perjuicio» parece indicar aquí mera yuxtaposición de enunciados (los principios se aplican cuando toque y los principios tienen «carácter informador»). El enunciado es fruto de una transacción lingüística entre concepciones distintas sobre los principios generales del derecho. Como escribió mi maestro, ¿Qué perjuicio podía producir en el «carácter informador» el hecho de que se los declare aplicables en defecto de ley y de costumbre?

ocurrencias se dan precisamente en el, ciertamente largo, artículo 149, el que enumera competencias exclusivas del Estado, incluida la de legislación civil, « sin perjuicio de... »<sup>(84)</sup>. El constituyente no podía precisar la delimitación de competencias estatales y autonómicas, ¡ni siquiera sabía cuántas y cuáles serían las Comunidades autónomas! El tiempo, la evolución de los acontecimientos políticos, habría de decirlo. Por eso se afirmaba una cosa y la otra, a sabiendas de que podría ser interpretada de muchos modos y de que los participantes podían legítimamente mantener diferentes expectativas al respecto.

Como ocurría en Cádiz en 1812. Los diputados no tenían ni idea de cómo sería el Código (« sin perjuicio de... »), aunque podían tener muchas ideas difíciles de conciliar.

Como ocurrió en 1841, cuando se respetan los fueros « *sin perjuicio de* la unidad constitucional de la monarquía ». La misma ambigüedad (¿calculada?) que cuando se anuncia que el Código « *tendrá en cuenta* los derechos regionales »<sup>(85)</sup>.

Las Constituciones de 1869 y 1876 vuelven a anunciar el Código « sin perjuicio de... ». Como « sin perjuicio de las legislaciones regionales » se aprueba en el sexenio democrático la ley de matrimonio civil.

(84) En J. DELGADO E., *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, en « Revista Jurídica de Cataluña », LXXVIII (1979), 3, pp. 647-651, pueden verse todas las huellas que las deliberaciones en el Congreso y en el Senado dejaron en los Diarios oficiales sobre el paso del texto originario de la Ponencia de la Comisión de asuntos constitucionales (igual al de la Constitución de 1931) al que acabó siendo regla 8ª del art. 149.1. Las enmiendas fueron muchas, ninguna acorde con el texto finalmente aprobado por la Comisión mixta Congreso-Senado, que volvió al precedente del Congreso. Como escribí entonces, « este cambio de criterio se produce en circunstancias tales que el intérprete no podrá averiguar nunca, a través de los materiales legislativos, los motivos y finalidades reales del cambio y, por ende, su preciso alcance. El cambio, curiosamente, tiene lugar en la misma Ponencia que, simplemente, muda de opinión », tras rechazar todas las enmiendas dirigidas a este apartado.

(85) Recordemos también, de la Real Orden de 12 de junio de 1851, en aquella maniobra de retraso de Código y su preparación por fascículos que nunca se encuadrarían juntos (*supra*, nota 38), otro « sin perjuicio » transaccional: « [...] *sin perjuicio* de que el Gobierno pueda presentar a las Cortes, desde luego, los proyectos oportunos sobre determinadas materias de notoria conveniencia o que no ofrezcan graves obstáculos y dificultades para su aplicación general ».

Álvarez Bugallal presentó su reforma de la Comisión de Codificación en 1880 como propuesta de transacción generosa. El resultado fue, tras ocho años de debates en el Gobierno, en el Senado y en el Congreso (también en la opinión pública especializada), la ley de bases y el Código: los Derechos forales se conservarán en toda su integridad, se procederá a codificarlos como apéndices. Pero parece que este resultado no fue considerado por nadie como el fruto aceptado de esa transacción. En un extremo, se vio tolerancia, condescendencia y concesiones excesivas, que habían de ser provisionales y revocables en cuanto se pudiera; en el otro, un arreglo provisional que el Estado no cumplía con suficiente diligencia y que hacía peligrar el futuro de los Derechos forales. Desde entonces, la realidad es que llevamos ya casi ciento cincuenta años de vigencia y aplicación de los Derechos forales, en apéndice, compilados, codificados hoy (con o sin el nombre de códigos). La Constitución de 1978 garantiza su futuro, al atribuir la competencia legislativa a las Comunidades autónomas y el recurso de casación civil a los Tribunales Superiores de Justicia; todo ello en el marco de un Estado descentralizado, el « Estado de las autonomías ».

« Sin perjuicio de », como resultado escrito de una negociación, deja constancia formal de un fracaso; al menos, de una insuficiencia. Las partes — pueden ser más de dos — mantienen proyectos de futuro diferentes, quizás contradictorios, pero no están en condiciones de fijar los términos en que tales proyectos serán compartidos o aceptados por todos. El tiempo dirá. Cada uno tiene sus presuposiciones al respecto.

En lo esencial, el tiempo ya ha dicho, al menos, su penúltima palabra. Ahí está, más fuerte y rica que en el siglo XIX, la pluralidad de Derecho civil, acorde con la Constitución y efectiva socialmente. Es una realidad innegable. Sería bueno para todos que, en próxima ocasión, el acuerdo fuera explícito y se cumpliera de buena fe.

TAMAR HERZOG

LATIN AMERICAN LEGAL PLURALISM:  
THE OLD AND THE NEW

1. The Colonial Past. — 2. Transitioning to Modernity. — 3. Interlude: How the Persistence of Native Law Became Identified as « Pluralism ». — 4. Present-Day Legal Pluralism. — 5. Afro Latin Americans. — 6. Contemporary Legal Pluralism: Old or New?

From the 1980s and into the present, most Latin American states moved to institute either in their constitutions, or in particular laws, some measure of legal pluralism. Although the particular channels they choose were profoundly diverse, presently, Guatemala, Nicaragua, Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Mexico, Panama, Paraguay, Peru, and Venezuela all have provisions that constitute different spheres of legality to a variety of groups. Mostly explained by the growing conviction that the body of nationals is made of distinct rather than similar individuals, the aim is to give these distinctions a legal valence by allowing different ethnic communities to submit to different laws <sup>(1)</sup>.

These developments form part of a larger universal trend to validate Indigenous rights, most particularly, the right to practice a distinct culture. In Latin America, they entailed acknowledging communal structures and communal authorities and instituting them as legal entities, separate and distinct from the normative sphere monopolized by the state. In some instances, they justified not only re-introducing legal distinctions among citizens, but also adding Indigenous elements to state law. Particularly noteworthy was the 2008

---

<sup>(1)</sup> Thomas DUVE, *Indigenous Rights in Latin America: A Legal-Historical Perspective*, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series NO. 2017-02, available online [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2976301](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976301).

Ecuadorian constitution, which conferred rights on nature, which it identified by the traditional Andean appellation of « *Pacha Mama* », and which referenced the need to ensure a « good living », presented as encapsulating the Indigenous ideal of « *sumac kawsay* » (2).

Many scholars argue that these measures are utterly new and are the result of internal and international pressure to ensure equal treatment to all citizens, a treatment that is now understood to include also the recognition of the right to be different, most particularly, culturally different. Other observers, however, justify what had transpired by pointing to the legacies of a colonial past, which according to them authorized the coexistence of various normative spheres, among them an Indigenous legal universe, with its own authorities and laws. Yet, regardless of the question which of these two interpretations is more accurate (and both are, to a degree) these developments cannot be properly understood without looking back to the past. To grasp correctly what had transpired, it is therefore vital that we observe both the colonial legacy, as well as developments in the nineteenth century (3).

### 1. *The Colonial Past.*

According to the most common narrative, the Spanish American colonial society was divided into two separate legal and political spheres, identified as *repúblicas*. Alongside a « Spanish republic », which included Spaniards, who obeyed Spanish law and Spanish

---

(2) Ecuadorian constitution, 2008, preamble and art. 71. An English translation is available online at <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.htm>. The preamble recognizes the « old age roots » of Ecuador, celebrates the « nature, the Pacha Mama, of which we are a part and which is vital to our existence » and moves to constitute « a new form of public coexistence, in diversity and harmony with nature, to achieve a good way of living, the sumac kawsay ». Art. 71 read: « Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes ». It continued by granting all persons, communities, peoples, and nations the right to call upon public authorities to enforce the rights of nature. According to arts. 72-3 these include the right to be restored, penalizing environmental impact, extinction of species, destruction of ecosystems, and the like.

(3) Tamar HERZOG, *Legal Pluralism*, in *A Companion to the Legal History of Latin America*, Matthew Mirow and Víctor Uribe eds., Leiden, Brill (forthcoming).

judges, was an Indigenous republic that included natives who obeyed their own authorities and customary law<sup>(4)</sup>. Although the two republics were in theory separate, they were certainly not equal. Given the colonial context, the liberty of native authorities and judges was not absolute, and neither was all native law upheld. Indigenous communities received judicial autonomy to settle their internal affairs according to their « laws and good customs », only as long as these were not repugnant to Spanish law and morality<sup>(5)</sup>.

The two-republic model was easier to imagine than to implement. The division of colonial subjects into two distinct groups, each having its own political existence and legality, led to multiple conflicts regarding who belonged to which. Actors and their rivals, as well as the authorities, often disagreed about the correct classification, their disagreements being particularly bitter when much was at stake, for example, when a decision had to be taken regarding the right to punish offenders or collect taxes. Sometimes, classification was difficult because of the scarcity of trustworthy information regarding a persons' genealogy. But, on other occasions, the quest for certainty was compromised by a much more basic dispute regarding what these categories meant in the first place and how

---

(4) The Indigenous republic was allegedly constructed by virtue of several royal decrees, later included in *Recopilación de Indias*, 2.1.4, 4.7.2 and 4.7.13. The use of native customary law was studied, for example, by Juan MANZANO MANZANO, *Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho Indiano*, in *Actas del Primer Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 1967, pp. 65-71; Margarita MENEGUS BORNEMANN, *La costumbre indígena en el derecho indiano, 1529-1550*, in « Anuario Mexicano de historia del Derecho », 4 (1992), pp. 151-159; Miguel Ángel GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas*, Madrid, Universidad Complutense, 1995. On native authorities see, for example, Karen GRAUBART, *Learning from the Qadi: The Jurisdiction of Local Rule in the Early Colonial Andes*, in « Hispanic American Historical Review », 95 (2015), 2, pp. 195-228 and Bianca PREMIO, Yanna YANNAKAKIS, *AHR Forum: A Court of Sticks and Branches: Indian Jurisdiction in Colonial Mexico and Beyond*, in « AHR », 124 (2019), 1, pp. 28-55.

(5) Tamar HERZOG, *Indiani e cowboys: il ruolo dell'indigeno nel diritto e nell'immaginario ispano-coloniale*, in *Oltremare. Diritto e istituzione dal colonialismo all'età postcoloniale*, Aldo Mazzacane ed., Naples, Cuen, 2006, pp. 9-44; ID., *Colonial law and 'Native Customs': Indigenous Land Rights in Colonial Spanish America*, in « The Americas », 63 (2013), 3, pp. 303-321.

they were to be employed. Was « Spanish » and were « Indians » defined by reference to origin, religion, race, ethnicity, culture, role within the colonial society, or a combination thereof? (6) And what would happen in cases of miscegenation?

Despite these difficulties, the two-republics model, which was popularized by a series of historians writing in the 1960s and 1970s, was sufficiently successful that it was rarely questioned. By the 1990s, it obtained so much traction that some scholars even proposed that these arrangements were not particular to Spanish America but instead were common to most empires (7). According to this portrayal, most empires, both European and non-European, tended to create distinct jurisdictions to distinct groups because empires habitually featured a legal structure where colonists and colonized were subjected to a different legal regime, as well as different authorities and courts. This division facilitated domination because it legally sanctioned a political project aimed at privileging ones over the others. With all actors having powerful motives to care about how both they and others would be classified, the result were frequent discussions regarding what the various categories meant, who belonged in them, and how they should be implemented. These discussions allowed actors to engage in reimagining whom they and others were. « Forum shopping » was common and it pitted different authorities against one another, thus leading to « jurisdictional politics », or « jurisdictional jockeying ».

Paradoxically, while scholars of empire moved to widen the applicability of the two-republic model by using it to understand not only Spanish America but also the world, historians of Latin America began their retreat. Furnished with a better understanding also of European history, rather than assuming as previous generations had that colonies were necessarily distinct, a new generation of

---

(6) Martin MINCHOM, *The People of Quito 1690-1810. Change and Unrest in the Underclass*, Boulder, Westview Press, 1994, pp. 153-171; Laura E. MATTHEW, *Memories of Conquest: Becoming Mexicano in Colonial Guatemala*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2012; Ruth HILL, *Teaching the Pre-History of Race Along the Hispanic Transatlantic*, in « Dieciocho », 30 (2007), 1, pp. 105-118.

(7) Lauren BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

historians asked whether a colonial specificity ever existed and, if such was the case, what was its nature (8). Looking back to Europe these historians observed that the co-existence of several legal systems and distinct jurisdictions was a basic feature of Old Regime societies, which were plural rather than singular. Plurality was not restricted to religious, ethnic, cultural, or racial groups as Spanish American historians (and following them historians of empire) have led us to believe. Instead, it permeated society and was embedded in the very nature of the early modern state, which, as historians of Europe have long pointed out, was a « jurisdictional state » (9). This state, rather than a unitary structure headed by a king, was a conglomerate made of a plurality of communities, that is, corporations or republics. In such a setting, public authority was diffused rather than concentrated because it was divided among multiple powers and government was by definition jurisdictional because its main task was to both announce and apply a law (*iuris-dictio*) (10).

Radically unequal and fragmented, the early modern European

---

(8) António Manuel HESPANHA, *Antigo Regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do Império colonial português*, in *Na trama das redes*, João Fragoso and Maria de Fátima Gouvêa, eds., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010, pp. 43-94; Tamar HERZOG, *Frontiers of Possession: Spain and Portugal in Europe and the Americas*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2015.

(9) These ideas can be traced back to Otto VON GIERKE, for example, in *Political Theories of the Middle Age* (1881), Frederic William Maitland trans., Cambridge, Cambridge University Press, 1938 or in *Community in Historical Perspective* (1868), Antony Black ed., Mary Fischer trans., Cambridge, Cambridge University Press, 1990, and Otto BRUNNER, *Land and Lordship: Structure of Governance in Medieval Austria* (1939), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992. Historians have since insisted that these structures were not only medieval but persisted throughout the early modern period: António Manuel HESPANHA, *A historiografia jurídico-institucional e a morte do estado*, in « Anuario de Filosofía del Derecho », III (1986), pp. 191-227 and Bartolomé CLAVERO, *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986. For more recent reiteration of these ideas see Maurizio FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Maurizio Fioravanti ed., Roma, Laterza, 2002, pp. 4-36; Carlos GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen*, in « ISTOR, Revista de Historia Internacional », IV (2004), 16, pp. 1-21.

(10) Pietro COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969. Also see Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

state thus featured a plurality of authorities with power over people and things, each with a relative autonomous sphere of activity. Competition between the various units was intense not only because they contended over who belonged to which, but mostly because all individuals were under the jurisdiction of more than a single authority. Individuals belonged to a family, a professional guild or association, were residents or citizens in a village, town, or city, belonged to a particular estate, were natives of a certain region, and so forth. In each one of these capacities, they were under distinct laws and authorities. Law itself was also extremely plural because it consisted of an amalgam of sources and systems, as well as featured endless debates. Jurists, the authorities, and practitioners who had to implement it observed Roman, canon, feudal, customary, local, and royal law and engaged in multiple doctrinal discussions regarding how a pre-set order, which they believed existed, could be implemented in each case <sup>(11)</sup>. The aim was not blind compliance, but the need to guide actors to the ultimate goal of doing the right thing <sup>(12)</sup>.

The new awareness to the distinct nature of Old Regime societies (and their laws) led historians of colonial Spanish America to insist that, not only jurisdictional distinctions did not necessarily embody a project meant to separate and privilege colonialists, but also that, rather than a single Spanish and a single Indigenous republic, in colonial Spanish America multiple Spanish and multiple Indigenous republics coincided. Legally, each community, each city, and each group had its own. In other words, there was a republic of Lima, a republic of the village next to Lima, and the one after, but there was also a republic of nobles, a republic of commoners, a republic of shoemakers, a republic of goldsmiths, and so forth <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> António Manuel HESPANHA, *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015, for example, pp. 6-30, 167-84, and 231-2. Also see Tamar HERZOG, *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2018, pp. 75-92.

<sup>(12)</sup> António Manuel HESPANHA, *The Legal Patchwork of Empires*, in «Rechtsgeschichte/Legal History», 22 (2014), pp. 303-314, 306.

<sup>(13)</sup> 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.

If the republics were multiple rather than singular, and if they divided society according to a multiplicity of criteria, not only ethnicity or subjection to the colonial power, they also operated in a dramatically different way than historians of empire have imagined. During the colonial period, the right to exercise jurisdiction did not necessarily dictate the law to apply<sup>(14)</sup>. Indigenous authorities could implement Indigenous customary law, but they could also, and often did consider, Spanish law. With the same token, Spanish magistrates sometimes took Indigenous law into account. Thus, though, on occasions, natives were subjected to Indigenous law as implemented by native authorities, they were also subjected to Indigenous law as applied by Spanish judges, and to Spanish law as applied by both native and Spanish authorities<sup>(15)</sup>. Furthermore, natives were not only placed under both Indigenous and Spanish

---

1-13. On the degree by which locals perceived themselves as belonging to a particular community, see for example, Mariana CANEDO, *Los 'pueblos de españoles' en la monarquía hispánica. La ampliación de jurisdicciones hacia el autogobierno* (Buenos Aires, siglo XVIII y primeros años del XIX), in « Prohistoria », 19 (2016), 25, pp. 3-27 and Alcira DUEÑAS, *Indian Colonial Actors in Lawmaking of the Spanish Empire of Peru*, in « Ethnohistory », 65 (2018), 1, pp. 51-73. On corporations as republics see Víctor GAYOL, *Colofón, in Cuerpo político y pluralidad de derechos. Los privilegios de las corporaciones novohispanas*, Beatriz Rojas ed., Mexico, Cide-Instituto Mora, 2007, pp. 275-95.

<sup>(14)</sup> Thomas DUVE, *Indigenous Rights: Latin America*, in *The Oxford Handbook of Legal History*, Markus D. Dubber and Christopher Tomlins eds., Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 817-38, 833-4.

<sup>(15)</sup> Woodrow BORAH, *Justice by Insurance: The General Indian Court of Colonial Mexico and the Legal Aids of the Half-Real*, Los Angeles, CA, University of California, 1983; Brian Philip OWENSBY, *Empire of Law and Indian Justice in Colonial Mexico*, Stanford, Stanford University Press, 2008; HERZOG, *Colonial law*, cit.; Carlos DÍAZ REMENTERÍA, *El cacique en el virreinato del Perú, estudio histórico-crítico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977; Max DEARDORFF, *Republics, their Customs, and the Law of the King. Convivencia and Self-Determination in the Crown of Castile and its American Territories, 1400-1700*, in « Rechtsgeschichte/Legal History », 26 (2018), pp. 162-199; José Carlos DE LA PUENTE LUNA, *That Which Belongs to all: Khipus, Community, and Indigenous legal Activism in Early Colonial Andes*, in « The Americas », 72 (2015), 1, pp. 19-54; Yanna YANNAKAKIS, Martina SCHRADER-KNIFFKI, *Between the "Old Law" and the New: Christian Translation, Indian Jurisdiction, and Criminal Justice in Colonial Oaxaca*, in « Hispanic American Historical Review », 96 (2016), 3, pp. 517-548; Alcira DUEÑAS, *The Lima Indian Letrados: Remaking the República de Indios in Bourbon Andes*, in « The Americas », 72 (2015), 1, pp. 55-75.

law as applied by both Indigenous and Spanish authorities but, within Spanish law, they were sometimes relegated to a particular status. For example, natives could be classified as « neophytes » (new converts to Christianity) or *miserables* (defenseless individuals who required a special royal protection) <sup>(16)</sup>. The Indigenous shared these status — neophytes and miserable — with many non-Indigenous individuals. As a result, while the Indigenous might have belonged to one of the many Indigenous republics (villages), and might have been subjected to Indigenous law and Indigenous authorities, they were also members of the Spanish Republic, the republic of neophytes, the republic of miserable individuals, the republic of shoemakers, the family, and so forth. As in Europe, the authorities of all these republics, who both announced and applied their particular law, were mandated to reach a just solution, which they strove to identify by referencing a huge plethora of sources and debates, which were not particular to their jurisdiction but instead were mostly shared with other authorities. In other words, they had an autonomy (jurisdiction) but not necessarily a distinct law.

If such was the case, if in both Europe and colonial Latin America multiple republics and jurisdictions existed, their authorities adjudicating cases by reference to a common set of criteria, why assume — as past historians of Spanish America and many current-day historians of empire did — that legal pluralism mainly operated according to ethnic, religious, or cultural categories? Why convert early modern legal structures into an antecedent of multiculturalism as if cultural, ethnic or religious differences were the most salient differences operating not only today but also in the early modern

---

<sup>(16)</sup> Thomas DUVE, *La condición jurídica del indio y su condición como persona miserabilis en el Derecho indiano*, in *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Mario G. Losano ed., Milano, Giuffrè, 2004, pp. 3-33; Id., *Derecho canónico y la alteridad indígena: los indios como neófitos*, in *Esplendores y miserias de la evangelización en América. Antecedentes europeos y alteridad indígena*, Wulf Österreicher and Roland Schmidt-Riese eds., Berlin, De Gruyter, 2010, pp. 73-94; Paulino CASTANEDA DELGADO, *La condición miserable del indio y sus privilegios*, in « Anuario de Estudios Americanos », 28 (1971), 1, pp. 245-335; Caroline CUNILL, *El indio miserable: Nacimiento de la teoría legal en América colonial del siglo XVI*, in « Cuadernos intercambios », 8 (2011), 9, pp. 229-248.

period? <sup>(17)</sup> Why transform what was most habitual in Europe into a colonial specificity?

## 2. *Transitioning to Modernity.*

The various legal regimes that applied to individuals by virtue of their classification in groups that could be distinguished according to religion, ethnicity, gender (the special regime applied to women), professional activities (the various guilds, the church, the military), residence (rights by citizenship and the distinction between citizens, residents and outsiders), estate, or family membership, which were typical of the Old Regime in both Europe and its colonies, came under attack in the eighteenth century. These processes are well known and need not be studied at length here. Suffice to say that the jurisdictional model of the state and pluralism were first questioned by monarchs, who wished to create a new type of polity where citizens would be directly tied to kings rather than to intermediate bodies (republics) and where all other legal orders and authorities would be subjected to monarchs who would affirm their sovereignty <sup>(18)</sup>. Although royal reforms introduced important changes, the true demise of Old Regime structures did not transpire until the French revolution. It was during the revolution that contemporary actors, who disagreed on most things, nevertheless moved to invent (although not always ensure) a new type of sover-

---

<sup>(17)</sup> Peter BURKE, *Foundation Myths and Collective Identities in Early Modern Europe*, in *Europe and the Other and Europe as the Other*, Bo Stråth ed., Brussels and New York, Peter Lang, 2000, pp. 113-122.

<sup>(18)</sup> Jean Bodin (1530-1596) was the most famous proponent of the idea of sovereignty, though when he authored his famous *Six Books of the Republic* (1576), his proposals were largely rejected. On the birth of absolutism during the French revolution, see Matteo SANFILIPPO, *Alcune note sul concetto di assolutismo nella storiografia europea*, in *L'Europa di Giovanni Sobieski. Cultura, politica, mercatura e società*, Gaetano Platania ed., Viterbo, Sette Città, 2005, pp. 475-503, 479. Also see Airton CERQUEIRA-LEITE SEELAENDER, *A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do antigo regime à modernidade*, in « R. IHGB », 178, 473, pp. 327-424, most particularly, pp. 342-3.

eignty that would be undivided, exclusive, and monopolistic<sup>(19)</sup>. Revolutionaries also concocted a new legal subject, legally equal to all others, and a new normative system where legislation by the representatives of the people would be the only legitimate legal source that other (executive) authorities would have to follow. The aim was to abandon the old system that held individuals to be different and unequal and thus meriting a differential treatment by distinct authorities who announced and implemented the law, and institute instead a single authority that would oversee the affairs of everyone equally by using a single normativity. The promise of legal equality, however, was never complete. While some distinctions were abolished or deliberately ignored, others, such as those based on gender, civic state, and religion nonetheless survived.

These revolutionary proposals were soon disseminated across the globe. Among the many polities that fell under their spell were the new Latin American states. Having gained their independence in the early nineteenth century, most of these states moved to institute legal equality among their citizens, abolish the jurisdiction of a plurality of republics and corporations, and grant the state monopoly over legal creation. In theory, these measures required the eradication of Old Regime structures and the end of a jurisdictional model where a multiplicity of authorities both declared and applied the law. Thereafter, formally, the only pertinent question would be the distinction between nationals and non-nationals, citizens and non-citizens, free and enslaved<sup>(20)</sup>. Particularly heralded were proclamations such as the 1821 declaration by José de San Martín (1778-1850) according to which « henceforth the aborigines will not

---

(19) HERZOG, *A Short History*, cit., pp. 183-203; Rafe BLAUFARB, *The Great Demarcation: The French Revolution and the Invention of Modern Property*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 15-47 and António Manuel HESPANHA, *Pluralismo jurídico e direito democrático. Perspectivas do direito no século XXI*, Coimbra, Almedina, 2019.

(20) Leopoldo LÓPEZ VALENCIA, *La tradición jurídica indiana en el Michoacán decimonónico*, in *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Berlín 2016*, Thomas Duve ed., Madrid, Dykinson, 2017, v. 2, pp. 1513-29, 1514, and Javier GARCÍA MARTÍN, *De Persona moral a persona jurídica. Las corporaciones y su clasificación entre España y América (siglos XVIII-XIX)*, *ibid.*, pp. 1481-1505, 1483-6, 1491-2.

be called Indians or natives; they are sons and citizens of Peru and will be known as Peruvians » or the 1857 decision by the Ecuadorian congress that Indians would be « made equal with the rest of Ecuadorians with regards to duties and rights granted and imposed by the constitution » (21).

In practice, however, most states failed to ensure the primacy of state law, to abolish the rights of many communities or to guarantee legal equality. While some countries such as Nueva Granada (a polity that existed between 1831 and 1858 and included present day Colombia and Panamá) proceeded almost immediately to grant all inhabitants citizenship, others such as for example, Bolivia, Peru, and Paraguay, maintained a separate Indigenous sphere by adopting measures meant to ensure that natives would continue to reside in communities that would be subjected to missionary oversight (22). In Ecuador, despite the elimination of the category « Indian », native authorities nevertheless survived, though their office holders were now identified as « governors » rather than « caciques », which was the term used earlier (23). In Mexico, the category « Indian » also disappeared (in 1824), yet some municipalities were still recognized as having mostly « native population ».

Theoretical blindness to differences, at any rate, even when it was instituted, did not guarantee equal treatment. In some Spanish American republics, taxes levied on Indians during the colonial period, which were initially abolished alongside the abolition of the category « Indian », were nonetheless reintroduced soon after under a host of different names (24). Reintroduction led to new classificatory efforts, aimed at identifying who Indians were in order to know

---

(21) Cited in Mark VAN AKEN, *The Lingering Death of Indian Tribute in Ecuador*, in « The Hispanic American Historical Review », 61 (1981), 3, pp. 429-459, 439 and 454.

(22) Manuel GÓNGORA MERA, Rocío VERA SANTOS, Sérgio COSTA, *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*, Madrid, Iberoamericana Editorial Vervuert, 2019, pp. 294-6.

(23) Andrés GUERRERO, *Curagas y tenientes políticos: La ley de la costumbre y la ley del estado*, in « Revista Andina », 14 (1989), 2, pp. 321-366, 323-6 and 343-9.

(24) Carlos CONTRERAS, *Estado republicano y tributo indígena en la sierra central en la post independencia*, in « Revista de Indias », 48 (1988), 182-3, pp. 517-550 and Cecilia SANHUEZA TOHÁ, *Ser 'indio' en el siglo XIX. Categorías fiscales y discurso social del estado boliviano en la provincia de Atacama*, in « Arica », 47 (2015), 3, pp. 507-519.

who should pay these tributes. In some cases, the new taxes were individually levied and thus attempted against communal structures. In others, they reinforced these structures as, in practice, communal authorities administered these new fiscal and labor obligations, as well as many other related affairs, such as land distribution<sup>(25)</sup>. Paradoxically, historians point out that the final abolition of Indigenous duties across the continent, starting in the mid-nineteenth century, led to the intensification, rather than the waning, of labor extraction, land dispossession, and violence though, here again, response to these pressures often manifested the persistence of communal authorities, which followed and imposed a « customary law »<sup>(26)</sup>.

Referencing these as well as other developments, historians have asserted that the abolition of Old Regime structures was a mixed bag, which affected both privileges and duties<sup>(27)</sup>. Though discrimination was theoretically removed, so were special protections. Impositions levied on natives (*tributo* and *mita*) perhaps disappeared, but the cost was often the dismantling of Indigenous communal structures. Also abolished were judicial instances meant to facilitate Indigenous access to justice such as the *Juzgado General de Indios* of Mexico. Disappearing in many places was also the understanding that Indians would be exempt from paying other taxes or protected from military draft<sup>(28)</sup>. Heralded as a move to improve the status of natives, now allegedly liberated from colonial subjection and discrimination, theoretical legal equality, in short, often led to dispossession, marginalization, and even a greater degree of defenselessness<sup>(29)</sup>.

The desire to unify the citizen body, which was particularly strong in the early to mid-nineteenth century, was replaced at the end of the century by the inverse movement from assimilation to

---

(25) GUERRERO, *Curagas*, cit., pp. 328-36.

(26) Brooke LARSON, *Trials of Nation Making. Liberalism, Race and Ethnicity in the Andes, 1810-1910*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2004, pp. 249 and 252.

(27) Marc Simon THOMAS, *The challenge of legal pluralism: local dispute settlement and the Indian-State relationship in Ecuador*, New York, Routledge, 2017, p. 48.

(28) VAN AKEN, *The Lingering*, cit., pp. 431-2 and 454-5.

(29) GÓNGORA MERA, VERA SANTOS, COSTA, *Entre el Atlántico*, cit., p. 294.

separation. During this period, many Latin American countries adopted measures, which again instituted distinctions between different types of citizens and which prescribed a particular status to Indigenous inhabitants. In 1897, 1906, and 1929, Ecuador, for example, created special arrangements that placed Indians (identified as *raza indígena*) under state tutelage and protection. The same thing happened in Brazil, where until the 1910s, Indians were also placed under state tutelage as if they were orphans, and where special arrangements were made to ensure their « civilization » and « conversion ». In 1890, Colombia's natives were distinguished according to whether they were civilized or not <sup>(30)</sup>. Those categorized as « savages » (*salvajes*) were to enjoy a « protective » legal regime. The « general legislation of the republic » would not apply to them but, instead, state and ecclesiastical authorities would be charged with their « education » and would determine the rules that would be applicable to them. Those native communities judged « civilized », on the contrary, would be subjected to the general law.

During this period, some discriminatory measures were directly applied to Indians. Others were aimed at them without explicitly saying so. An emblematic example of the half-hearted abolition of Old Regime categories were the twentieth-century Peruvian Penal Codes, which defined some Peruvians as limited in their understanding of the « dominant morality » and prescribed for them a distinct penal procedure, aimed at « civilizing » rather than punishing. The codes also limited the criminal responsibility of these individuals in ways not very dissimilar to how colonial law treated natives <sup>(31)</sup>. In Brazil, the 1916 civil code defined *índios ou silvícolas* as having a « relative incapacity » alongside minors, and the mentally ill <sup>(32)</sup>. This implied that they lacked full legal aptitude to act on their

---

<sup>(30)</sup> *Ibid.*, pp. 298-9.

<sup>(31)</sup> Tamar HERZOG, *Percibir el otro: El código penal de 1924 y la división de los peruanos en personas "civilizadas", "semi-civilizadas" y "salvajes"*, in *Observation and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World*, Johannes Michael Scholz and Tamar Herzog eds., Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1997, pp. 399-414; José HURTADO POZO, *Derecho penal y derechos culturales*, in *Derechos Culturales*, Marco Borgui et al. eds., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 105-127.

<sup>(32)</sup> GÓNGORA MERA, VERA SANTOS, COSTA, *Entre el Atlántico*, cit., pp. 295-7 and 517.

own. Eventually, in tune with similar processes across Latin America, Brazilian Indians would be categorized into different classes depending on their « civilizational status » and each category would be assigned a different legal capacity and a different degree of criminal responsibility. The final aim of all these measures, it was argued, was to ensure the gradual yet harmonious insertion of natives to the national community.

By the 1960s, however, some jurists and politicians across the continent began to timidly recognize the persistence of cultural differences, which they now viewed somewhat favorably. Indians, they argued, must be incorporated into the nation, yet they must also preserve their own culture. How these contradictory impulses were imagined can be demonstrated by the 1973 move by Brazilian legislators to establish a law defining the Status of Indians (*Estatuto do Índio*)<sup>(33)</sup>. This law extended legal protection to both Indigenous individuals and communities, while also promising to « respect their culture, with the aim of integrating them, progressively and harmoniously, to the « national communion ». Indians, it assured, would enjoy the same protections as all other Brazilians, yet would be able to retain « their uses, customs and traditions ». Protection, however, would be awarded only « as long as it would be possible » to apply to them « the benefits of the regular legislation » and special assistance would be given to Indians and communities « which were not yet integrated in the national communion ». All aid would have to consider « the particularities inherent to their condition » and the respect to their « cultural values, traditions, uses and customs ».

Experience in nineteenth and early twentieth century Latin America, therefore, demonstrated the persistence and enormity of a grey zone between an officially sanctioned Indian republic (which was abolished) and an equality (that never truly materialized), between respect to traditions and the wish to abolish them altogether. Thus, despite the creation of nations with legally (though never politically, socially, economically, or culturally) equal citizens and the emergence of a state monopoly over the law, in practice, legal equality and state monopoly were but orienting principles.

---

<sup>(33)</sup> The *Estatuto do Índio* of 1973 is available online on [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm).

What actually transpired was different because in many Latin American countries, Indigenous communal structures and legal orders persisted either because the state so willed or because so did members of these groups, or both things combined. Native structures thus continued to shape daily lives in many communities, where state normativity and state authorities were either completely missing or were accompanied or even replaced by communal authorities and norms.

Given these developments, some historians concluded that in many Latin American countries the move to create a single citizen re-defined Indianness from a corporate identity (as in the colonial period) to a racial classification that, albeit including individuals recognized as «nationals», in reality targeted groups that were considered inferior and therefore unfit to comply with the demands of full citizenship<sup>(34)</sup>. Because at stake was no longer descent but allegedly preoccupation with degrees of integration and cultural performance, individuals of Indian descent who behaved as other citizens did, and/or were better off socially and economically, could in theory be classified as non-Indians, or as mestizos and enjoy, in theory at least, full access to state law<sup>(35)</sup>.

While some natives were recognized as citizens while others were classified as insufficiently prepared to obtain this status, during this period, Spanish American states mostly ignored their African population. Moving to declare the end of slavery and freedom to all, their authorities and legislators did not recognize Afro-Latin Americans as having a different culture or facing problems that were particular to members of that group. In other words, despite the constant awareness of the existence of an Indigenous sector that may or may not require a special treatment, Afro-Latin Americans remained mostly legally invisible<sup>(36)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> LARSON, *Trials of Nation Making*, cit., pp. 246-47.

<sup>(35)</sup> OLIVIA HARRIS, *Ethnic Identity and Market Relations: Indians and mestizos in the Andes*, in *Ethnicity, Markets and Migration in the Andes. At the Crossroads of History and Anthropology*, Brooke Larson, Olivia Harris and Enrique Tandeter eds., Durham NC, Duke University Press, 1995, pp. 351-390, 375-6.

<sup>(36)</sup> GÓNGORA MERA, VERA SANTOS, COSTA, *Entre el Atlántico*, cit., pp. 299-300.

3. *Interlude: How the Persistence of Native Law Became Identified as « Pluralism ».*

The identification of the persistence of native law as « legal pluralism » can be traced to early twentieth-century mostly Anglo-speaking legal anthropologists, who wished to demonstrate the endurance of native legal structures despite colonialism and despite the theoretical exclusivity of state law <sup>(37)</sup>. These legal anthropologists suggested that constant attempts by colonial powers to guarantee the superiority of their own law mostly failed because European domination never managed to annihilate native legalities, which survived colonialism and often reemerged in postcolonial settings.

While a first generation of scholars of « legal pluralism » was mostly interested in the survival of native law, by the 1970s, a second generation began arguing that all societies —including those that never suffered colonialism — were plural in the sense that they all admitted the coexistence of various legal systems <sup>(38)</sup>. According to this vision, even in the twentieth century, states never gained a

---

<sup>(37)</sup> Sally ENGLE MERRY, *Legal Pluralism*, in « *Law and Society Review* », 22 (1988), 5, pp. 869-896. Also see Brian TAMANAHA, *The Folly of the Social Scientific Concept of 'Legal Pluralism'*, in « *Journal of Law & Society* » 20 (1993), 2, pp. 192-217 and Chris THORNHILL, Carina CALABRIA, Rodrigo CESPEDES, Dominic DAGBANJA, Elizabeth O'LOUGHLIN, *Legal Pluralism? Indigenous Rights as Legal Constructs*, in « *The University of Toronto Law Journal* », 68 (2018), pp. 440-93. On how these scholars imagined pluralism see, for example, M.B. HOOKER, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975, which surveys both the imposition of European law in the colonies, as well as post-colonial resort to European law. It is mostly interested in uncovering the dynamics between « dominant » and « servient » legal systems that co-existed in the same space under colonial or post-colonial conditions. While one is depicted as autochthonous (even if modified by colonialism) the other is defined as external. An antecedent to this analysis was Eugen EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1913), New Brunswick, Transaction Publishers, 2001, which studied the interaction between Austrian law and normativity in Bukovina (then Moldavia, presently Ukraine). On the possible applicability of anthropological legal pluralism to the Latin American context see Armando GUEVARA-GIL, Joseph THOME, *Notes on Legal Pluralism*, in « *Beyond Law* », 2 (1992), 5, pp. 75-102. This text is also available in Spanish as the first chapter in J. Armando GUEVARA-GIL, *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 29-59.

<sup>(38)</sup> Andrea BIANCHI, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 227-45, 227-31.

complete monopoly over the creation and application of norms because, whether formally acknowledged or not, other prescriptive normative systems, for example, customary practices, or religious laws, also existed. Pushing back, scholars of empire and post-colonial societies insisted that, although all societies had different sub-groups with different norms and different enforcement mechanisms, there was a fundamental distinction between this « natural » state of affairs and a colonial (or post-colonial) situation, in which legal systems imposed by European colonists coexisted side by side with native legal spheres, which the colonists could not (or did not want) to annihilate. These Indigenous legalities reflected historically embedded realities and values that pre-dated the state and therefore could challenge state law in a particularly effective manner.

By the late twentieth century, a third generation of scholars of « legal pluralism » added to the discussion new scenarios, for example, current-day Europe, where society is seemingly taking a multicultural turn<sup>(39)</sup>. Should European states recognize norms originating in new minority groups rather than in state organs? If such would be the case, would this not be a new form of legal pluralism? Late-twentieth-century scholars also identified as « legal pluralism » the penetration of non-state law in the form of regulations by international bodies, or other transnational entities, to the territory of states.

Common to all these interpretations was the wish to de-center state law. Though many of those participating in these debates disagreed as to how to identify both the state and the non-state law, or how to distinguish the so-called non-state law from other social norms that are not legal, they mostly tended to coincide in their questioning of the post-French revolution narrative that imagined an all-powerful and fully sovereign state that would have a complete monopoly over legal production<sup>(40)</sup>. Pointing to the failure or the

---

<sup>(39)</sup> André J. HOEKEMA, *European Legal Encounters between Minority and Majority Cultures; Cases of Interlegality*, in « The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 37 (2005), 51, pp. 1-28.

<sup>(40)</sup> *Le pluralisme juridique*, John Gilissen ed., Brussels, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972. Highlighting the divorce between pre-modern legal pluralistic states and legal pluralism as applied to Indigenous peoples is also Brian

limited success of this model, these scholars also agreed on dismissing the post-revolutionary convention that law should be applied to all citizens equally. Instead, they advanced the necessity, perhaps even urgency, of distinguishing among individuals according to whom they were. If, indeed, not all citizens were similar, there was no reason, according to these scholars, to impose on all an artificial similarity by subjecting them to the same law and the same authorities.

Despite pursuing dramatically different goals, scholars of legal pluralism thus all coincided in reminding their readers that the legal changes that were proposed in the late eighteenth and early nineteenth century mainly by the French revolutionaries embodied but a project that was never fully realized and that perhaps no longer responded to our present day concerns. They all agreed that it was their duty to render the complexities of the present visible and give at least some of them a measure of legitimacy. It is therefore not surprising that most speakers who engaged in legal pluralism concentrated on cultural and ethnic differences among citizens, which they identifies as justifying the coexistence of various legal spheres, indeed, in their terminology, of legal pluralism. While this trajectory and conclusions are clearly warranted, why historians of early modern Spanish America and early modern empires followed their path blindly, importing into the past our current day fascination with the limits of state power, and our contemporary fixation on multiculturalism, is much less evident <sup>(41)</sup>.

---

TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in «Sydney Law Review», 30 (2008), pp. 375-411, 376, and Kaius TUORI, *The Disputed Roots of Legal Pluralism*, in «Law, Culture, and the Humanities», 9 (2011), 2, pp. 330-351, 336 and 349-350. Also see John GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism*, in «Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law», 24 (1986), pp. 1-55.

<sup>(41)</sup> The incomprehensible move to identify cultural and religious differences in the past as a central element of legal pluralism is clearly present in BENTON, *Law and Colonial Cultures*, cit., for example on p. 2. It allows Benton to consider James MULDOON, *Popes, Lawyers, and Infidels. The Church and the Non-Christian World, 1250-1550*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1979 (that studies how canon law defined the relations between Christians and non-Christians) as a «fundamental work on the legal pluralism in early European expansion into the Atlantic», footnote 8 on page 15. Benton again insists on religious and cultural differences as being central in the early

#### 4. *Present-Day Legal Pluralism.*

Regardless of the question how historians have confused past and present, the version of legal pluralism that centered on cultural differences, which was born in the early twentieth century mainly among legal anthropologists, was largely espoused by contemporary Latin American actors. These actors, as well as their observers, indeed identified the new structures that emerged in the late twentieth-century as embodying « legal pluralism ». According to them, pluralism was manifested in the gradual move to recognize cultural distinctions among citizens and enshrine legally « the right to be different »<sup>(42)</sup>. A new image of society was now in vogue. Rather than made of equal citizens, it was comprehended as the collection of various groups that pre-dated the declaration of independence. These groups had their own culture and, most importantly, their own customary law that their authorities could implement among members<sup>(43)</sup>.

Formally adopting this new understanding, many Latin American end-of-the-twentieth-century constitutions included declarations regarding the multiethnic, multicultural, or multinational character of the state<sup>(44)</sup>. On most instances, they also recognized the existence of ethnic groups, their customary law, their collective rights, territorial autonomy, self-government, and right to bilingual education. These constitutions instituted new legal spheres, other than those monopolized by the state, by allowing communities to

---

modern period in Lauren BENTON, *Historical Perspectives on Legal Pluralism*, in « HJRL », 3 (2011), pp. 57-69, 58-9. The insistence on transforming the experience of Jews and Muslims in Spain into precedent of empire is also factually wrong: by the early 14<sup>th</sup> century Jews and Muslims retained (to some degree) their laws and customs but no longer had a separate jurisdiction: DEARDORFF, *Republics, their Customs*, cit., p. 170.

<sup>(42)</sup> On the right to be different also see GUEVARA-GIL, THOME, *Notes on Legal pluralism*, cit., pp. 77-8 and 97-8.

<sup>(43)</sup> The pre-existence of Indigenous communities was clearly and openly espoused for example, by the constitution of Paraguay, art. 62 (1992): GÓNGORA MERA, VERA SANTOS, COSTA, *Entre el Atlántico*, cit., p. 488.

<sup>(44)</sup> The first state to do so was Nicaragua in 1987, followed by Bolivia (1994) and Ecuador (1996 and 1998).

adopt in their internal administration and conflict resolutions decisions that followed their own customary norms <sup>(45)</sup>.

This process timidly began in midcentury when states, such as Ecuador, recognized the right of local communities, often identified as « Indigenous », to collectively hold land and instituted their organs as guardians of land management, which was to follow, « customary law » <sup>(46)</sup>. It continued in the 1970s, when a growing number of Latin American states extended additional protections to Indigenous communities <sup>(47)</sup>. In 1979, the constitution of Ecuador allowed the use of Indigenous languages in schools as did the constitution of Peru, which included the obligation to preserve and even stimulate the « cultural manifestations » of native groups. The 1982 constitution of Honduras promised to adopt measures to protect the rights and interest of Indigenous communities and, in 1985, the constitution of Guatemala safeguarded Indigenous right to land. By 1991, the Colombian constitution went even further, recognizing the right of Indigenous authorities to exercise jurisdictional functions within native territories in conformity with their own norms and procedures. Soon after, other countries such as Mexico, Bolivia, Ecuador, and Guatemala, followed.

Yet, however wide and deep were these processes, the recognition of legal diversity was not absolute. The 1991 Colombian constitution, for example, limited the applicability of Indigenous norms and procedures by Indigenous authorities to what was « not contrary to the constitution and the laws of the republic » <sup>(48)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> Rodrigo UPRIMNY, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges*, in « Texas Law Review », 89 (2011), pp. 1587-609, 1589-92.

<sup>(46)</sup> THOMAS, *The challenge of legal pluralism*, cit., pp. 48 and 52-4.

<sup>(47)</sup> GÓNGORA MERA, VERA SANTOS, COSTA, *Entre el Atlántico*, cit., pp. 486-7.

<sup>(48)</sup> Colombian Constitution (1991), article 246. Somewhat similar were the arrangements in the Constitution of Ecuador, 1998, arts. 84 and 191 and the Constitution of Ecuador, 2008, arts. 57 and 171. Article 344 of the Código Orgánico de la justicia, Ecuador, also defined the scope of Indigenous jurisdiction and the ways it would interact with state authorities. Also relevant is the Peruvian constitution of 1993, art. 149. An early reflection on how state law and Indigenous law could coexist is Raquel YRIGOEYEN FAJARDO, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.

While the Colombian Constitutional court, wishing to maximize the autonomy of Indigenous communities and minimize the restrictions on them, has tended to give this clause a restrictive interpretation according to which Indigenous legality did not have to comply with all national legislation (or else Indigenous legality would be a sham), it did indicate limits, which could not be violated. According to the judges, these were to be defined in a « true intercultural consensus » or include the « core of untouchable rights » such as the right to life, the prohibition of slavery, the prohibition of torture, and some measure of due process »<sup>(49)</sup>. A similar solution was adopted in Mexico in 2001, when the 1917 constitution was amended to mandate that natives could apply to their internal conflicts their normative system, « subject to the principles of this constitution, respective individual guarantees, human rights and, in relevant manners, the dignity and integrity of women »<sup>(50)</sup>. In 2004, the supreme court of Guatemala equally ruled that the primacy of Indigenous law is limited by international norms. In 2010 Bolivia, the law demarcating Indigenous jurisdiction mandated that customary Indigenous law would not apply in cases involving criminal law or human rights law<sup>(51)</sup>. The Bolivian constitutional court followed suit, determining that it retained the duty to oversee that Indigenous law would not violate constitutional and other fundamental rights. By doing so, Latin American courts were also following the guidance included in art. 8.2 of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, dated 1989 (ILO Convention no. 169), which upheld the right of Indigenous and tribal people « to retain their own customs and

---

<sup>(49)</sup> Felipe GÓMEZ ISA, *Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights*, in « Human Rights Quarterly », 36 (2014), pp. 722-755, 737-9. Also see Marcela VELASCO, *Multiculturalism, Legal Pluralism, and Local Government in Colombia: Indigenous Autonomy and Institutional Embeddedness in Karmata Rúa, Antioquia*, in « Journal of Latin American Studies », 50 (2017), pp. 517-547, 526-8 and THORNHILL, CALABRIA, CESPEDES, DAGBANJA, O'LOUGHLIN, *Legal Pluralism?*, cit., pp. 747-8.

<sup>(50)</sup> Mexican Constitution, Art. 2.A.II. The Text of the constitution is available online in <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf/>.

<sup>(51)</sup> THORNHILL, CALABRIA, CESPEDES, DAGBANJA, O'LOUGHLIN, *Legal Pluralism?*, cit., pp. 747 and 475-8.

institutions, where these are not incompatible with fundamental rights defined by the national legal system and with internationally recognized human rights ». Art. 9 of the convention similarly stated that « to the extent compatible with the national legal system and internationally recognized human rights, the methods customarily practiced by the peoples concerned for dealing with offences committed by their members shall be respected »<sup>(52)</sup>.

Historians who have studied these developments commented that, although many Latin American countries now guarantee some measure of legal pluralism, state normativity remains superior. In other words, Latin American legal pluralism is, according to some, « weak », according to others, asymmetrical<sup>(53)</sup>. It distinguishes what some scholars have categorized as the « permissible » Indian (whose distinct culture and normativity could be tolerated) from the non-permissible Indian (whose norms must be rejected)<sup>(54)</sup>. Or, according to others, it seeks to uphold universal values, most particularly basic human rights, yet allow some measure of cultural and ethnic diversity. Scholars observing these developments also questioned whether these legal changes were implemented *de facto* and to what a degree, and they denounced the absence, in most countries, of the legislation necessary to translate these constitutional norms into actual practices.

While the theoretical implications of instituting legal pluralism were to some degree explored, jurists and scholars had paid only limited attention to how these processes affected Indigenous law.

---

<sup>(52)</sup> The text of the convention is available online at [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314).

<sup>(53)</sup> Almut SCHILLING-VACAFLOR, René KUPPE, *Plurinational Constitutionalism: A New Era of Indigenous-State relations?*, in *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Detlef Nolte and Almut Schilling-Vacaflor eds., Ashgate, 2012, pp. 347-370, 352. Also see Anna BARRERA, *Turning Legal Pluralism into State-Sanctioned law: Assessing the Implications of the New Constitutions and Laws in Bolivia and Ecuador*, in the same volume pp. 371-390. On weak versus strong legal pluralism see John GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 24 (1986), pp. 1-55.

<sup>(54)</sup> Charles R. HALE, *Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America*, in « Political and Legal Anthropology Review », 28 (2005), 1, pp. 10-28, 24.

The initial assumption was that native law would be reconstructed by observing practices inside the community. This understanding tended to imagine Indigenous societies as ancestral, traditional, and static and tended to essentialize Indigenous law, among other things, by assuming that it was endogenous to natives and was prior to state law. Observers thus presupposed that Indigenous norms were necessarily different than state law and that they could become an instrument to resist imposition by outsiders, allowing natives to maintain at least some measure of autonomy<sup>(55)</sup>. According to this logic, to conserve Indigenous particularity and ensure its reproduction, it was vital to separate native from state law and treat them as two separate realities. In such a setting, anthropologists could serve as expert witnesses, who could inform both native communities (!) and the courts which groups existed, who belonged to them, and which were their customs<sup>(56)</sup>.

This assumption (that native law would be easy to identify and uphold) was questioned in recent years. Scholars have pointed out that, during the colonial period, the use of Indigenous law by both Spanish and Indigenous authorities often led to the adoption of solutions that would have surprised most natives<sup>(57)</sup>. Judges, both Spanish and Indigenous, borrowed and blended Spanish and Indigenous law, as well as inserted into both their own vision as to what was just and what was possible. And, although we still know very little regarding what transpired after independence, evidence from

---

(55) Simone RODRIGUES PINTO, Carlos Federico DOMÍNGUEZ ÁVILA, *Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina*, in «Política y Cultura», 35 (2011), pp. 49-65, 52-3 and Sérgio COSTA, *Freezing Differences: Politics, Law and the Invention of Cultural Diversity in Latin America*, in *Legitimization in World Society*, Aldo Mascareño and Kathya Araujo eds., Ashgate, 2012, pp. 139-159, 139.

(56) On how this was done in Peru regarding criminal responsibility see, for example, GUEVARA-GIL, *Diversidad y complejidad legal*, cit., pp. 191-237, which reproduces his text titled *El peritaje antropológico en la corte superior de justicia de Loreto*. Criticizing the dependence on anthropologists is, for example, Francisco BALLÓN AGUIRRE, *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2002, p. 78.

(57) BORAH, *Justice by Insurance*, cit.; HERZOG, *Colonial law*, cit.; DÍAZ REMEN-TERÍA, *El cacique*, cit.; Alicia DUEÑAS, *Indians and Mestizos in the "lettered City:" Reshaping Justice, Social Hierarchy, and Political Culture in Colonial Peru*, Boulder, COLO, University Press of Colorado, 2010.

the late twentieth and early twentieth-first century indicate to complexity rather than clarity<sup>(58)</sup>. In many cases, Indigenous legal autonomy set the stage for major transformations because natives articulated their customs according to both past and present, both political and economic opportunities, and always in conversation with other cultures. In some places, following the legitimization of Indigenous normativity, village communities openly deliberated which should be their customs. Abandoning the traditional oral law altogether, they engaged in lengthy negotiations between different social and ethnic groups that sought to elaborate written codes that would formalize a new consensual normativity<sup>(59)</sup>. The result was often norms that harmonized Indigenous with local, state, and even international law and reflected both traditional worldview as well as new ideas. In other cases, communal authorities allowed for the co-penetration of customary and state law, co-opting what they found useful. On occasions, the legitimization of an Indigenous legal sphere introduced important changes in particular fields such as, for example, the status of women<sup>(60)</sup>. In yet other cases, rather than excavating an ancient law, Indigenous authorities engaged creatively with the available opportunities to reshape who they were and which were their customs.

Whatever road they took, in most cases, the search for an autochthonous law did not hinge on an ethnographic or anthropological reconstruction of communal norms but, instead, unleashed complex processes of transformation and adaptation that also absorbed external influences and inputs. The Indigenous law that resulted represented, according to some scholars, not a move to legitimize Indigenous legal spheres but instead a social process that allowed « the national legal system » to develop « new instruments

---

(58) Manuela CARNEIRO DE CUNHA, Mauro ALMEIDA, *Indigenous People, Traditional People and Conservation in the Amazon*, in « Daedalus », 129 (2000), pp. 315-338; DUVE, *Indigenous rights in Latin America: A Legal Historical Perspective*, cit., pp. 2, 8-12 and 14-5.

(59) VELASCO, *Multiculturalism*, cit.

(60) Rachel SIEDER, Anna BARRERA, *Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes*, in « Journal of Latin American Studies », 49 (2017), pp. 633-658.

to promote the inclusion of social actors that surround it »<sup>(61)</sup>. Indeed, many of the norms identified as Indigenous were generated not so much by the inherent practices of these communities, but instead by « global modes of legal production and inclusion ».

Thus, if the implied assumption was that the new Indigenous customary law would stand in opposition to state law, or at least would be substantially different from it, there is no evidence that such is currently the case. Neither is there evidence that natives are (or were) necessarily predisposed against state law and in favor of customary law, or that they see both laws as diametrically opposed. In other words, experience demonstrated that in Latin America, rather than two distinct systems, state and native law were often superimposed, interpenetrated, and mixed, creating a sphere of « interlegality » that exhibited a strong interconnectedness<sup>(62)</sup>. There was no necessary clash and no obligatory choosing. Instead, there was constant coordination and management.

As happened during the Old Regime, the re-emergence in late twentieth-century Latin America of new jurisdictions that were to apply Indigenous norms to Indigenous individuals led to continuous processes of identification. Now that being Indigenous carried important legal consequences, the question who was whom again became a contentious issue<sup>(63)</sup>. Questions asked during the colonial period also surfaced: would Indigeneity be a category based on descent, culture, place of residence, or self-identification? Because answering these questions was difficult, most Latin American countries shied from defining Indigeneity in a clear and unequivocal manner. In 1973, the Brazilian *estatuto do índio* treated índio and silvícola as synonyms and included in this category « all individuals of pre-Colombian origin and ascendancy that identify themselves

---

(61) THORNHILL, CALABRIA, CESPEDES, DAGBANJA, O'LOUGHLIN, *Legal Pluralism?*, cit., p. 447.

(62) THOMAS, *The challenge of legal pluralism*, cit. On interlegality see Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 437.

(63) Paul GOOTENBERG, *Population and Ethnicity in Early Republican Peru*, in « Latin American Research Review », 26 (1991), 3, pp. 109-157, 145-52. Also interesting is GUEVARA-GIL, *Diversidad y complejidad legal*, cit., pp. 84-92, who discussed both legal prescriptions and native reactions in the longue durée.

and are identified by others as belonging to an ethnic group whose cultural characteristics distinguish them from the national society» (64). It further defined Indigenous communities or tribal groups (treated as synonyms) as «an assemblage of Indigenous families or communities, that live in a state of complete isolation in relations to other sectors of the national community, and, despite intermittent or permanent contacts, are not truly integrated in it». The law gave a differential treatment to Indians according to whether they were *isolados, em vias de integração*, or integrated. Not substantially different was the decision of the constitutional court of Colombia, which suggested an operating definition according to which Indigenous communities consisted of an assemblage of families of Amerindian ascendancy that shared a sense of identification with their aboriginal past and maintained elements and values proper of their traditional culture, forms of government and internal social control that distinguished them from other rural communities (65). In Peru, since 1995, state organs mostly followed definitions originating in international treaties, as well as internal arrangements, which mostly classified as Indians individuals who descended from populations that inhabited the territory before the arrival of Europeans, who conserved all or part of their social, economic, cultural and political institutions (66). Though insistence on continuity was general, research nonetheless demonstrated that the renewed faculties of Indigenous communities as well as their re-found jurisdiction, led to the assumption of native identity by individuals and communities who previously had not been identified as such, or that had abandoned this identification but now found it useful again. Scholars who studied these processes concluded that, in late twentieth-century Latin America, group identity was often the result of complex interactions between locals, state and international norms,

---

(64) *Estatuto do Índio*, 1973, art. 3.

(65) GÓNGORA MERA, VERA SANTOS, COSTA, *Entre el Atlántico*, cit., pp. 503 and 512-3. Also see 506-7 regarding how the grant of recognition to communal lands led to the emergence of new identities.

(66) GUEVARA-GIL, *Diversidad y complejidad legal*, cit., pp. 89-90.

governmental agencies, missionaries, anthropologists, the church, and international organizations <sup>(67)</sup>.

### 5. *Afro Latin Americans.*

Initially, the new Latin American legal pluralism mostly centered on protecting Indigenous rights. However, in recent years, there is a growing awareness, at least in parts of the continent, that individuals of African descent also form groups that have a distinct take on legality and that they, too, deserve both group recognition and a certain degree of legal autonomy. Yet, even in these cases, in which Afro Latin Americans were granted collective rights, the difference between what they and what the Indigenous received is extremely telling. For example, the 1998 constitution of Ecuador, art. 83, recognized as participants in the nation the « Indigenous *pueblos* that auto-define themselves as nationalities of ancestral roots, and the black *pueblos* or Afroecuatorianos » <sup>(68)</sup>. Yet, while art. 84 « recognized and guaranteed » to the Indigenous a series of rights, among them, the conservation of their identity and traditions, property, and traditional forms of social organization and the exercise of authority, art. 85 specifically mandated that the state would only recognize and guarantee these rights to Afroecuatorianos « as much as they may be applicable to them ». Ten year later, art. 56 of the Ecuadorian 2008 constitution again recognized both the Indigenous and Afros as belonging to the nation. Additionally, art. 60 determined that « ancestral, Afro-Ecuadorians, and coastal back-country people » can « establish territorial districts for the preservation of their culture and or establish communities with collective land ownership ». Yet, despite these advances, even in 2008, the rights granted to Afro-descendants were not as extensive as those granted to the Indigenous. Thus, while art. 57 of the 2008 constitution extensively dealt with the rights of Indigenous communities,

---

<sup>(67)</sup> Jean JACKSON, *Being and Becoming Indian in the Vaupés*, in *Nation-States and Indians in Latin America*, Greg Urban and Joel Sherzer eds., Austin, University of Texas Press, 1991, pp. 131-155. Also see Peter WADE, *Race and Ethnicity in Latin America*, Chicago IL, Pluto Press, 1997, pp. 120-1.

<sup>(68)</sup> <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>.

enumerating among them the right to « keep their own forms of peaceful coexistence », to institute authorities, and move to self-determination, art. 58 dealing with Afro-descendants only affirmed that their « collective rights » would be recognized. There was no clause similar to art. 171 dealing with natives that would guarantee to Afro nationals their own justice or give their authorities the right to perform jurisdictional duties in internal disputes <sup>(69)</sup>.

According to scholars, this differential treatment can be explained by history. Colonial structures recognized the existence of an Indigenous but not an African republic <sup>(70)</sup>. Also detrimental to the African cause might have been the fact that, traditionally, Indigenous groups had a greater public visibility and thus their existence seemed more patent. More important, however, might have been the fact that Afro-descendants were mostly imagined as belonging to a racial rather than an ethnic community and, presently, the rights of ethnic communities are better recognized than the rights of racial groups <sup>(71)</sup>. Indeed, conferral of communal rights to Afro Latin Americans, including legal rights, usually took place after members of these groups (or their advocates) adopted the language of ethnicity. Honduras, for example, moved in the 1990s to apply most policies to both Indigenous and Afro — Hondureños by arguing that some Afrohondureños, mainly the Garifuna, belonged to « autochthonous ethnic groups » (*etnias autóctonas*) <sup>(72)</sup>. While the Garifuna succeeded in obtaining recognition, other Afrohondureños were mostly excluded from these benefits precisely because

---

<sup>(69)</sup> <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>.

<sup>(70)</sup> Juliet HOOKER, *Indigenous Inclusion/Black Exclusion: Race, Ethnicity and Multicultural Citizenship in Latin America*, in « Journal of Latin American Studies », 37 (2005), pp. 285-310; *Política e identidad: Afrodescendientes en México y América Central*, Odile Hoffmann ed., Mexico, UNAM, 2010; Esther OJULARI, *The Social construction of Afro-Descendant Rights in Colombia*, in *Contemporary Challenges in Securing Human Rights*, Corinne Lennox ed., London, University of London, 2015, pp. 19-28, 20-2; Mark ANDERSON, *When Afro Becomes (like) Indigenous: Garifuna and Afro-Indigenous Politics in Honduras*, in « The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology », 12 (2007), 2, pp. 384-413, 390-1.

<sup>(71)</sup> Juliet HOOKER, *Afro-descendant Struggles for Collective Rights in Latin America: Between Race and Culture*, in « Souls », 10 (2008), 3, pp. 279-291.

<sup>(72)</sup> ANDERSON, *When Afro Becomes (like) Indigenous*, cit., pp. 385-6.

their collective existence as an ethnic group was not recognized. Somewhat similarly, in 1991, the Colombian constitution recognized « black communities » (*comunidades negras*) residing in the Pacific basin as having rights to communal land <sup>(73)</sup>. Glossing who these communities were, in 1993, the Colombian legislature adopted an understanding that equated their members to those belonging to « families of Afro-Colombian descent » that possessed « their own culture, shared a common history, had their own traditions and customs » and « revealed and preserved a consciousness of an identity that distinguished them from other ethnic groups » <sup>(74)</sup>. In 2001, the Colombian constitutional court made these associations explicit when it ruled that it could extend the protection of Indigenous communities to Afrocolombians not because of their race or the color of their skin, but because of their status as members of ethnic groups, which were bearers of identities that must be protected. Following the same logic, in 2008, representatives to the Ecuadorian constitutional assembly advocated in favor of using the term « Afroecuatoriano » instead of black (*negro*) because, while « black » indicated to race and was associated, according to them, with many negative connotations, « Afroecuatorian » did not. It referred to these individuals as members of an ethnicity and linked their identity to a much wider African diaspora.

The tendency to grant African communities rights by applying to them ethnic lenses continues to date. The Chilean parliament recently passed a resolution that recognized the existence of « the tribal people » (*pueblo tribal*) of African descent <sup>(75)</sup>. According to this recognition, among *afrodescendientes chilenos* would be all those who shared the same culture, history, costumes, and were united by a consciousness of identity, were descendants of slaves, and auto-identified themselves as such. According to scholars, the tendency to

---

<sup>(73)</sup> Transitory art. 55 (AT55) of the Colombian Constitution of 1991, which led to the drafting of Ley 70 in 1993 that glossed how these communal rights would be exercised.

<sup>(74)</sup> Ley 70, 1993, art. 2, para. 5. A copy of this law is available online at <https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/ley-70-de-1993-agosto-27-por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-transitorio-55-de-la-constitucion-politica>.

<sup>(75)</sup> <https://www.elciudadano.cl/chile/congreso-despachado-a-ley-proyecto-qu-e-otorga-reconocimiento-legal-al-pueblo-afrodescendiente-chileno/03/07/>.

demand (and give) rights to Afro communities on the basis of their ethnic and not racial attributes led to important processes of ethnogenesis that had blackness «look increasingly like Indianness» (76).

As happened with natives, the allocation of rights and jurisdiction on the basis of communal belonging led to the emergence of new or renewed identities among people of African descent. In Brazil, where article 68 of the 1988 Federal Constitution recognized ownership over land to members of ancient runaway slave communities (*quilombos*), the promise of rights led to the appearance of many new groups (77). According to researchers, it entailed identity reconfiguration by rural communities who had extensive black population but who previously did not identify themselves as composed of descendants of *quilombos*. Whereby when the constitution was enacted, no groups demanded recognition as *quilombos*, by the end of 2011 some 3,524 communities did. In many cases, locals had to be convinced of the advantages of taking on this identity, which ensued processes of remembrance and rediscovery of both slavery and resistance.

## 6. *Contemporary Legal Pluralism: Old or New?*

Despite formal resemblance to colonial categories, the legal

---

(76) WADE, *Race and Ethnicity*, cit., pp. 37 and 117-119; Peter WADE, *Identity, Ethnicity, and 'Race'*, in *A Companion to Latin American History*, Thomas H. Holloway ed., Malden MA, Blackwell, 2008, pp. 480-493, 490-491; Eduardo RESTREPO, *Etnización de la negritud: La invención de las 'comunidades negras' como grupo étnico en Colombia*, Popayán, Editorial Universidad de Cauca, 2013; Jean MUTEBA RAHIER, Mamyrah DOUGÉ PROSPER, *Afrodescendants, The Multicultural Turn and the "New" Latin American Constitutions and Other Special Legislations: Particularities of the Andean Region*, in Jean MUTEBA RAHIER, *Blackness in the Andes: Ethnographic vignettes of Cultural Politics in Times of Multiculturalism*, New York, Palgrave-Macmillan, 2014, pp. 89-103, 90. The later includes a comparative summary of the constitutional treatment of both communities in Ecuador, Chile, Colombia, Peru, and Bolivia.

(77) COSTA, *Freezing Differences*, cit., mainly on pages 148-51. These issues are also explored in GÓNGORA MERA, VERA SANTOS, COSTA, *Entre el Atlántico*, cit., pp. 508-11. A somewhat similar point interrogating the relations between identification and legal status is made by Jan H. FRENCH, *Legalizing Identities: Becoming Black or Indian in Brazil's Northeast*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2009, p. 13.

pluralism that emerged in Latin America in the late twentieth-century is substantially new. Rather than a continuation of or a return to the Old Regime, it expresses a novel political desire to acknowledge and validate the wish for auto-determination of mainly ethnic groups, as well as the understanding that no auto-determination is possible without the capacity to declare and apply the law. Furthermore, while colonial practices recognized the particularities not only of ethnic groups but also of cities, professional associations, estates, and families, to mention but a few examples, the new pluralism restricts what can and should be recognized as a right bearing group. Indeed, it is so adamant that only some groups — basically ethnic groups — can obtain these privileges that Afro-Latin Americans must model their demands accordingly. And, while some ethnic groups can have their authorities and (sometimes) their own law, current developments include no true questioning of state monopoly, nor is there a suggestion to substitute the state sanctioned legal order by another. The new pluralism is also different from the old because it tends to combine law with jurisdiction, a combination that was unusual during the early modern period. Indirectly attempting against the horizons opened by the French Revolution, the new pluralism constantly battles with the need to settle its strong conviction favoring legal equality with the emergence of distinct legal personalities, with a distinct set of rules.

If the opportunities opened to some communities in late twentieth-century Latin America led to the emergence of new or renewed identities, and if they sought to improve the conditions of sectors traditionally discriminated against, they also involved a historical dilemma. After centuries of interaction with European normativity, constant processes of ethnogenesis, and the emergence of pan-Indigenous and pan-African structures, how can one tell which customs are Indigenous or African, and who can practice them? To be authentic, must native and African law be oral and customary, as anthropologists often assume? Must it stand in opposition to, indeed be used as a vehicle against, state law? Furthermore, must indigenous and African law be fossilized to fit some ancestral past, or can it modernize and become different without losing its authenticity? Equally, must communities demanding recognition and rights be relics of a past, or can they be dynamic

entities that constantly experience change as well as mutations? With communities often including individuals of a diversity of backgrounds and origins, how can one reach an agreement regarding who is whom, and who deserves which treatment?

While the realization that not all nationals are similar is extremely important, indeed urgent, as is the desire to enable some degree of communal autonomy, the main question facing Latin American jurists today is how to generate and protect consensus despite diversity. Can there be an equality of conditions that is not based on constructing abstract and de-contextualized individuals who have no group identifiers? Can the guarantee of rights coexist with diversity or must there be limits to what is permissible even in a multi-cultural and legally plural universe? Must differentiation be based on the essentialization of who people are or are there ways we have not yet imagined, to recognize diversity without pretending that some identities are fixed while others are contingent, some are singular, while others are multiple?

*Testimonianze*



PAOLO GROSSI

## OLTRE LE STORIE NAZIONALI

### Il ‘Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno’ di Firenze fra passato e presente (\*)

1. *In limine*: rammemorando cose di cinquanta anni fa. — 2. Anno 1971. Lo ‘storico del diritto italiano’: un corpo estraneo all’interno delle Facoltà italiane di Giurisprudenza. — 3. Un recupero per lo storico del diritto: la sua identità di giurista; il suo impegno nella comune conoscenza giuridica. — 4. Un recupero per la complessità del diritto e contro i riduzionismi della modernità. — 5. L’avvio di un banco comune di lavoro: lo storico del diritto fra i suoi sodali giuristi per la storicizzazione del diritto moderno. — 6. In particolare: per la storia del pensiero giuridico moderno. — 7. Lungo l’itinerario del ‘Centro’ e dei ‘Quaderni’: Firenze al centro di una raggiera di incontri, dialoghi, arricchimenti culturali. — 8. Sul volto dei ‘Quaderni’: perché ‘fiorentini’? — 9. Sul volto dei ‘Quaderni’: un foglio poliglotta. — 10. Sul volto dei ‘Quaderni’: cinquanta anni di attenzione al movimento e mutamento nell’ordine giuridico. — 11. A fianco dei ‘Quaderni’: sulle ragioni e le funzioni di una ‘Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno’. — 12. Uno sguardo all’oggi: verso la festa per il cinquantenario.

#### 1. *In limine: rammemorando cose di cinquanta anni fa.*

Dalla premurosa attenzione del collega Ricardo Sontag, della Università Federale di Minas Gerais, si domanda come, quando e perché mi sono fatto promotore in Firenze di un ‘Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno’ e dei ‘Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno’, Centro e Rivista tuttora vivi e operosi presso l’Ateneo fiorentino. Rispondo volentieri, ma, poiché si tratta di motivazioni e finalità complesse, mi scuso se il mio discorso dovrà distendersi ampiamente.

---

(\*) Videoconferenza del 4 marzo 2020 — Abertura das atividades de 2020 do *Studium Iuris-Grupo de pesquisa em historia da cultura jurídica* (Universidade Federal de Minas Gerais/Salão Nobre da Faculdade de Direito — Belo Horizonte / Brasil).

Tutto ebbe inizio nella primavera del 1971, quasi cinquanta anni fa. Da cinque anni ero Professore Ordinario di 'Storia del diritto italiano' nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, una sede per me materna <sup>(1)</sup> e da me ritenuta fin da allora come definitiva. Era il momento favorevole per uno sguardo critico su quanto avevo fatto sul piano scientifico e didattico dalla mia laurea nel 1955 e, soprattutto, su quanto avrei potuto e dovuto fare nel mio itinerario futuro. Era anche il momento per dare appagamento a parecchie mie insoddisfazioni concernenti il ruolo della disciplina da me coltivata in seno a una Facoltà giuridica e della sua posizione accanto alle diverse discipline di diritto positivo.

2. *Anno 1971. Lo 'storico del diritto italiano': un corpo estraneo all'interno delle Facoltà italiane di Giurisprudenza.*

La cosiddetta (così detta nel linguaggio burocratico ufficiale) 'Storia del diritto italiano', malgrado che fosse ritenuta nei programmi ministeriali disciplina obbligatoria entro il *curriculum* di ogni studente di Giurisprudenza, mi appariva allora appartatissima, rendendo i suoi docenti/cultori quasi corpi estranei nella comunità dei giuristi italiani. Probabilmente perché quei docenti limitavano le loro esclusive attenzioni alla remota civiltà medievale, ma soprattutto per il carattere *antiquario* che li connotava, con il loro frequente seppellirsi all'interno di una erudizione troppe volte fine a sé stessa. Seppellimento a cui — invece — riuscivano spesso a sottrarsi i cultori del 'diritto romano', un diritto che era rimasto formalmente vigente nell'Impero germanico fino al BGB del 1900 e che aveva fruito, grazie ai grandi Pandettisti tedeschi dell'Ottocento, di costruzioni dogmatiche, assolutamente a-temporali, utilizzate con profitto dagli odierni civilisti e processualisti.

Si aggiunga un altro vizio, che minava il messaggio di quel docente/cultore e che ne sottolineava la *alienità*, la *diversità*: egli era assai poco giurista perché assai poco conoscitore e maneggiatore di quel cospicuo apparato di strumenti teorici, di categorie ordinanti che, da duemila anni, erano venute ad accumularsi e a sistemarsi

---

<sup>(1)</sup> Vi ero stato studente, avevo lì ricevuto il mio diploma di laurea e vi avevo trascorso diversi anni come Assistente.

nella storia della civiltà occidentale grazie ai grandi maestri del diritto classico romano e dello *ius commune* medievale e posmedievale. Lo ‘storico del diritto italiano’ solo in minima parte si era preso carico di questo *munus*, anche se gli sarebbe stato agevole ricercare e scavare nel ricco terreno storico-giuridico da Giustiniano ai nostri giorni. Nasceva da qui una mia prima pesante insoddisfazione e un imperativo, culturale prima ancora che strategico, mi si poneva dinnanzi: contribuire ad attenuare quell’appartatezza originata da una sostanziosa estraneità (insieme psicologica e cognitiva).

3. *Un recupero per lo storico del diritto: la sua identità di giurista; il suo impegno nella comune conoscenza giuridica.*

Partivo da una constatazione, elementarissima — se si vuole — ma radicale, e tale da avere un carattere eminentemente orientativo (epistemologico, se vogliamo parlar difficile): la unitarietà d’una Facoltà giuridica non era un artificio, perché si originava da (e si basava su) una indiscutibile unità conoscitiva. I suoi componenti erano, infatti, uomini di scienza unificati naturalmente da uno stesso tessuto conoscitivo, perché tutti — il comparatista, lo storico il filosofo il sociologo del diritto, il giusprivatista, il giuspubblicista, il giusprocessualista — erano chiamati a diagnosticare elaborare costruire mediante uno stesso approccio metodico atti di conoscenza giuridica, una conoscenza specifica capace di evidenziare quell’aspetto specifico d’una civiltà, che è la sua dimensione giuridica.

Questa constatazione si risolveva implicitamente anche in un monito per lo ‘storico del diritto italiano’: a *ricercare sé stesso*, ad affermare pienamente la sua identità culturale, ad esercitarla. L’identità non era in discussione per chi studiava e insegnava un diritto vigente; si proponeva, invece, per lo storico il sociologo il filosofo del diritto, nei quali non c’era sempre piena consapevolezza che solo l’oggetto della conoscenza (il diritto) generava una caratterizzazione identitaria e non già il guardarvi come storico filosofo sociologo. Soffermiàmoci sull’esempio che ci concerne da vicino, quello dello ‘storico del diritto’: allontanarlo dai giuristi collocandolo insieme a ogni intellettuale che avesse un’angolatura di osservazione storica, avrebbe avuto lo stesso significato di unificare tutti coloro che usano

degli occhiali da vista; si sarebbe dato, infatti, rilievo a una circostanza (la miopia del soggetto) senza alcuna impronta identitaria.

Di tutto ciò, quale verità elementare, ero assolutamente convinto, ma, nel 1971, urgeva di ribadirlo proprio perché conoscevo le fragilità epistemologiche di parecchi sodali miei; i quali, ben volentieri, amavano riconoscersi all'interno di un 'Dipartimento di storia' piuttosto che in uno di 'scienze giuridiche', blanditi in queste inconsapevoli scelte dalla Relazione che, nel 1963, in seno al Primo Congresso della 'Società italiana di storia del diritto' dedicato proprio a « La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche », aveva provocatoriamente tenuto lo storico dell'antichità Arnaldo Momigliano, celebrante « la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica » (2). Dissentendo frontalmente da Momigliano e dalla sua provocazione (sorretta — ohimè! — soltanto da un deplorabile pressapochismo culturale) cominciai a ribadire monotonamente, senza troppo preoccuparmi della inevitabile tautologia, il carattere *giuridico* della storia del diritto; e ribadii la intrinseca caratterizzazione come *giurista* dello storico del diritto.

E cominciai a parlare anche della esigenza di creare dei banchi comuni di lavoro, che vedessero seduti, l'uno accanto all'altro, storici filosofi sociologi del diritto, comparatisti, cultori delle varie branche del diritto vigente, non chiamati a inseguire un fallace eclettismo, ma, anzi, ciascuno apportatore della propria specifica competenza, ciascuno però in ascolto dell'altro, nella consapevolezza che da un simile colloquio non poteva che scaturire un profondo irrobustimento culturale. Una circostanza mi sembrava rischiosa, e pertanto da evitare: la assoluta solitudine, nella quale si compiacevano di essere immersi i differenti cultori delle scienze giuridiche con il risultato culturalmente negativo di un inevitabile inaridimento. Non mi resta che trascrivere qui quanto affermavo, esattamente nella primavera del 1971, redigendo una bozza di quella che sarebbe stata la prima 'Pagina introduttiva' della nascente Rivista 'Quaderni fiorentini' (di cui parleremo tra breve): « è ormai tempo di operare due recuperi: riacquisire, da parte dello storico del

---

(2) Arn. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, Olschki, 1966, p. 21.

diritto, il senso della unitarietà della *scientia iuris*; recuperare, da parte del giurista di diritto positivo, il senso della storicità quale dimensione intrinseca del fenomeno giuridico » (3).

4. *Un recupero per la complessità del diritto e contro i riduzionismi della modernità.*

La citazione or ora fatta è preziosa, perché parla — ed è il punto saliente per l'oggetto di questa video/conferenza — della collocazione dello storico del diritto all'interno della conoscenza giuridica, ma sottolinea anche un'altra e precisa mia insoddisfazione culturale, riguardante — questa — la penosa riduzione, attuata nella moderna civiltà borghese, del giurista di diritto positivo (fosse un sapiente, o un giudice, o un notaio) al non-ruolo di mero esegeta dei comandi contenuti nelle leggi di uno Stato. L'assolutismo giuridico, prodotto dalle impostazioni illuministico-giacobine della rivoluzione francese di fine Settecento, diffuse successivamente nell'intera l'Europa continentale (4), aveva sancito il monopolio di *tutto* il diritto (anche il diritto privato) nelle mani del potere politico, garantendo così al vittorioso (e, ormai, politicamente dominante) cetto borghese il controllo completo del cemento giuridico, cemento indispensabile per salvaguardare istituti essenziali a una civiltà borghese quali la proprietà privata individuale, il contratto, le successioni per causa di morte. Il giurista, l'esperto conoscitore di un raffinato armamentario scientifico e tecnico, l'interprete che aveva incarnato il sostanziale protagonista del diritto romano classico e dello *ius commune* dell'Europa medievale e posmedievale, era ora ridotto a una sorta di automa, chiamato soltanto a esercizi di logica deduttiva rispetto alle

---

(3) *Pagina introduttiva*, in «Quaderni fiorentini», I (1972), p. 2.

(4) Lo studente brasiliano, che volesse saperne di più su questo sintagma 'assolutismo giuridico' (che ebbi occasione di coniare nei passati anni Ottanta), inquadrandolo nella storia del diritto moderno nell'Europa continentale, potrebbe ricorrere ad un mio tentativo di sintesi: *L'Europa del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2007, p. 104 e ss. Egli potrebbe agevolmente ricorrere anche a un saggio specifico tradotto in lingua portoghese da Ricardo Marcelo Fonseca: *Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito)*, in P. GROSSI, *Historia da propriedade e outros ensaios*, São Paulo, Renovar, 2006.

volontà imperiose contenute nelle leggi, indiscutibili e meritevoli solo di obbedienza.

Si capisce come alla mia insoddisfazione per la snaturata figura dello storico del diritto non potesse non aggiungersene un'altra (e parimente forte) per l'avvilente paesaggio giuridico moderno di privatisti pubblicisti processualisti ridotti a esegeti completamente de-vitalizzati. Io, storico del diritto ma giurista nel profondo della mia dimensione culturale, avvertii l'esigenza di esprimere un secondo messaggio per un ulteriore recupero; ritenevo, infatti, indilazionabile, in ordine a un più corretto approccio al diritto, anche (e, forse, anzitutto) una coscienza rinnovata della sua intima essenza, cioè di fungere da *ordinamento* più che da *comando*, con l'esigenza di giuristi *interpreti* e non più soltanto *esegeti*.

Cerco di spiegarmi meglio per l'uditore brasiliano. Stanco, fin dai miei primi esercizi scientifici, di un positivismo giuridico esprime, nei paesi di *Civil Law* (come l'Italia), la totale sudditanza della dimensione giuridica al potere politico; stanco di uno statalismo assolutistico che aveva ridotto la complessità del diritto a leggi e Codici, io, forte della libertà culturale che mi proveniva dall'essere avvezzo ai paesaggi storici più diversi e alle più sveltanti teorizzazioni di scienziati dall'aguzzo sapere intuitivo, tentai di operare qualche incrinatura nelle muraglie pietrose dell'edificio politico-giuridico costruito dai giacobini<sup>(5)</sup>. Ebbi, fortunatamente, la provvedutezza di aggrapparmi a dei lungimiranti maestri, su cui la riflessione giuridica europea poteva contare durante la prima metà del Novecento (anche se si trattava di filoni di pensiero assolutamente minoritarii rispetto a una fideistica maggioranza ancora pervasa dalle suadenti mitologie doviziosamente elaborate nelle officine settecentesche)<sup>(6)</sup>.

---

(5) È la trama centrale e unificante della raccolta di saggi contenuti nel seguente volume: P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006 (pubblicato precedentemente in lingua spagnola: *Derecho, sociedad, Estado. Una recuperación para el derecho*, Escuela Libre de Derecho/Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2004).

(6) Mitologie, cioè un cumulo di 'verità' (o pretese tali) offerte non alla riflessione e discussione, ma alla mera credenza. Cfr. i chiarimenti, che ho tentato di offrire in: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007 (terza ed. accresciuta).

Mi feci, infatti, deciso sostenitore della riscoperta fondamentale dell'istituzionalismo europeo circolante nella prima metà del Novecento, che aveva avuto in Italia — nel 1918 — la voce illuminante di Santi Romano quale disegnatore di una robusta ipotesi teorica: *L'ordinamento giuridico*; il diritto, cioè, còlto nella sua socialità e, quindi, storicità; il diritto che non è più soltanto comando, sanzione, coazione, che non si manifesta più soltanto con le immagini del giudice, del gendarme, del carceriere, ma che, in quanto ordinamento, appartiene alla fisiologia della società permettendole una pienezza di vitalità e costituendo di essa — in quanto ordine — il suo salvataggio storico. E cominciai allora a cogliere la sua reale genesi alle radici di una civiltà, in quel sostrato di valori che ne formano la sua *costituzione* sostanziale. E fin dalla mia gioventù ho creduto (come credo tuttora) nella validità del messaggio istituzionalistico che, con il suo guardare in basso, negli strati radicali d'una società, è il solo capace di rispecchiare a un livello culturale e tecnico la complessità dell'universo giuridico quale si presenta oggi ai nostri occhi; una complessità che deve essere rispettata e compresa, ma indubbiamente né ignorata né volutamente elusa, né tanto meno, sottoposta ai riduzionismi soffocanti della modernità (7).

5. *L'avvio di un banco comune di lavoro: lo storico del diritto fra i suoi sodali giuristi per la storicizzazione del diritto moderno.*

Questi due atteggiamenti di fondo furono, nella primavera del 1971, i pùngoli stimolatori a vincere una tranquillità, che non era serena perché turbata dalle insoddisfazioni di cui si è discusso finora. Occorreva far qualcosa proprio in relazione ai due recuperi più sopra citati; il che avrebbe costituito la bussola orientativa per il mio immediato cammino.

Finora, abbiamo — però — parlato di un 'negativo' da com-

---

(7) All'uditore brasiliano può essere utile la lettura di alcune mie pagine: P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2005), ora in *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, cit. (traduzione spagnola: *Santi Romano: un mensaje para reflexionar en la actual crisis de las fuentes*, in P. GROSSI, *De la codificación a la globalización del derecho*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010).

battere. Occorreva fornirsi di strumenti validi per cancellarlo o, almeno, per attenuarlo. Da tempo vagheggiavo un banco comune di lavoro fra storici del diritto e cultori del diritto positivo, ma bisognava renderlo realizzabile. Il progetto era di ampliare lo spessore culturale dei primi superando le secche di un sapere meramente erudito e acquistando la coscienza della appartenenza al comune sodalizio dei giuristi, nonché una maggiore familiarità con il patrimonio tecnico del comune ideario giuridico. Per quanto riguarda i secondi, il progetto era di mostrare le secche di un diritto limitato alla volontà legislativa dello Stato, di un diritto ridotto a forme astratte spesso senza connessioni con il divenire sociale.

Io, che ero nato come medievista e che avevo — sino ad allora — studiato quasi interamente le fonti del millennio medievale riscontrando in esse una formidabile ricchezza di intuizioni e di costruzioni, io non ebbi esitazione a operare una scelta (che chiamerei) *modernistica*. Non fu né una conversione, né una mera strategia; fu, piuttosto, il risultato di una riflessione complessa, con degli incentivi certamente anche pragmatici. Innanzi tutto, c'era bisogno che si cominciasse ad arare il terreno della moderna esperienza giuridica, verso la quale era riscontrabile l'atteggiamento di un diffuso (anche se ingiustificabile) dispregio. Si pensi: quando nel 1963 fu pubblicato il saggio pionieristico di Paolo Ungari su 'Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo', un saggio addirittura di storia del diritto contemporaneo, furono molti ad essere sconcertati dalla temerarietà di fare storia su un terreno tanto (e, forse, troppo) ravvicinato. La scelta modernistica si imponeva *in primis*, dunque, quale contributo a colmare un vuoto, che riusciva sempre più imperdonabile.

Debbo, però, aggiungere qualche precisazione, perché più sopra ho usato una affermazione che può essere apparsa oscura: ho parlato di una scelta quale frutto di un atteggiamento anche pragmatico. Il senso è presto detto: la scelta modernistica era il modo di rendere più facile il colloquio fra storici e cultori del diritto vigente. Le fonti medievali, serrate nel loro difficile latino, esigevano un sacrificio eccessivo. Scendere alle fonti moderne, più vicine all'oggi e più familiari ai giuristi immersi nell'oggi, era anche una opportuna strategia per facilitare il banco comune di lavoro. E, infatti, il banco

è stato realizzato con risultati che, come dimostrano le tante iniziative e i tomi dei 'Quaderni', paiono davvero soddisfacenti.

6. *In particolare: per la storia del pensiero giuridico moderno.*

Ho risposto alla domanda sulle ragioni della mia scelta modernistica del 1971, ma resta da rispondere al perché, all'interno del 'moderno', io abbia voluto ritagliare lo specifico terreno del 'pensiero giuridico'. La motivazione è anche qui complessa.

Innanzitutto, perché la storia del pensiero, assai più che la storia delle istituzioni, offriva un più sicuro tramite di connessione fra presente e passato; il nesso di continuità è qui assai maggiore in contrappunto alla discontinuità che solca spesso il divenire fattuale e istituzionale; ed era questa la motivazione principale segnata nella stessa prima 'Pagina introduttiva' (8). Accanto — ma in guisa non secondaria — sta la latitudine estrema in cui ama spaziare il pensiero, insofferente alle arginazioni geografiche etniche politiche che tendono a impressionare dei loro particolarismi localistici fatti e istituzioni (fra l'altro, è questo un riferimento che leggo implicito nel titolo che Ricardo Sontag ha dato alla solenne cerimonia di apertura dell'anno di *Studium iuris*). Come storico del diritto avevo, del resto, nelle ricerche da me compiute, dei precedenti esemplari; era proprio la stretta comparazione fra 'medievale' e 'moderno' a additarmi la storia del pensiero come una strada da battere proficuamente: da un lato, lo *ius commune* medievale, costruzione teorica della *scientia iuris*, è, in quanto pensiero giuridico, galoppante per tutto l'Occidente civilizzato ben al di sopra dei particolarismi offerti da Principati, Città libere e dalle loro specifiche normazioni; dall'altro lato, il frazionismo politico moderno rappresentato da un arcipelago di Stati sovrani, con il conseguente frazionismo di Codici e leggi aventi una proiezione limitata al territorio su cui si esercita il potere.

Puntare sul pensiero giuridico con i suoi spazi sconfinati, in

---

(8) « Il pensiero giuridico, quale tipico terreno di continuità, al di là di fratture legislative, tra passato e presente, può costituire un materiale di studio tale da presupporre legittimamente un banco comune di lavoro e una comune operosità » (*Pagina introduttiva*, cit.).

un momento — gli anni Settanta — in cui cominciavano a serpeggiare insofferenze verso troppe anguste statualità, nonché tensioni a costruire edifici giuridici di più ampio respiro (l'Europa, per esempio, ma anche la globalizzazione giuridica), aveva, ai miei occhi, il significato di un messaggio culturalmente di grosso rilievo.

Per sincerità confessoria verso i miei odierni uditori, debbo aggiungere una indicazione che mi proveniva intensamente dal profondo dell'animo. Io, che avevo in uggia le strategie giuridiche del liberalismo borghese, pur avendo tratto profitto nelle mie molte letture giovanili dalle penetranti e affrancatorie analisi marxiane, avevo ugualmente in uggia quei rigurgiti di marxismo *post litteram* grezzamente materialistici ripetuti in Italia, più o meno consapevolmente, durante gli anni Settanta. Rifiutando di parlare soltanto di 'cultura', come si era soliti fare nascondendosi entro una nozione polisemica e ambigua<sup>(9)</sup>, volli — al contrario — segnare con un inchiostro assai carico il vocabolo 'pensiero'; certamente non per mie adesioni idealistiche, ma per sottolineare la convinzione che la dimensione teorica è nervatura relevantissima della storia; intendendo, ovviamente, il 'pensiero' quale espressione di idealità e di ideologie, di intelaiature scientifiche e di elaborazioni tecniche, segno sempre e comunque della dominanza dell'uomo quale perno del divenire storico con il suo intelletto, la sua cultura, le sue intuizioni, la sua capacità di leggere il mondo fisico e sociale, di interpretarlo e anche di modificarlo.

7. *Lungo l'itinerario del 'Centro' e dei 'Quaderni': Firenze al centro di una raggiera di incontri, dialoghi, arricchimenti culturali.*

Ecco come e perché si redasse a Firenze, nel 1971, un progetto e una proposta, formulando ad amici e colleghi l'invito più caloroso a collaborare ai 'Quaderni Fiorentini', dei quali si inviava in precedenza la 'Pagina introduttiva' del volume primo previsto per l'anno 1972. Debbo riconoscere con piena soddisfazione che il 'messaggio' fiorentino fu immediatamente raccolto, come dimo-

---

(9) Questa era stata la scelta di Giovanni Tarello per i suoi coevi « Materiali per una storia della cultura giuridica ».

strano le larghe collaborazioni che hanno onorato i ‘Quaderni’ fin dai primissimi numeri; e si ebbe, com’era nei miei auspicii più sentiti, quel banco comune di lavoro formato da giuristi appartenenti alle scuole più diverse ed esperti nelle più diverse ramificazioni dell’universo giuridico, italiani ma non solo. La corrispondenza al mio invito fu, infatti, apertissima anche da Oltretalia. Segnalo i legami più forti, che da allora si instaurarono durevolmente.

In Germania quelli con il ‘*Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte*’ di Frankfurt am Main, fondato e ancora negli anni Settanta diretto da quel personaggio lungimirante che fu Helmut Coing, protagonista non solo come storico ma altresì come teorico del diritto (una vocazione pluridimensionale, che era ed è un pregio dello scienziato/giurista tedesco di sempre); accanto a lui fungeva da Vicedirettore Walter Wilhelm, assai noto in Italia per la traduzione di una sua felice sintesi sul pensiero giuridico ottocentesco in area germanica<sup>(10)</sup>, col quale potei tessere un rapporto di profonda amicizia, interrotto soltanto dalla sua morte prematura.

In Spagna, con la scuola sivigliana di José Martínez Gijón e soprattutto con il primo allievo e futuro maestro nell’Ateneo andaluso, Bartolomé Clavero, amico fraterno in tutto il nostro itinerario di vita. Un — per me assai provvido — rapporto diretto ho avuto con una personalità di spicco, lo storico del diritto Francisco Tomás y Valiente, docente nella Università Autonoma di Madrid, colui che — con vicenda analoga a quella mia — sarebbe in seguito divenuto giudice e presidente del ‘Tribunal Constitucional’ durante la prima democrazia spagnola pos-franchista. A Tomàs sarò, in seguito, debitore per la splendida traduzione in lingua castigliana del mio primo libro di sintesi ‘L’ordine giuridico medievale’ del 1995<sup>(11)</sup>.

Non debbo, infine, dimenticare un legame forte con l’Università di Stoccolma, grazie alla sensibilità e disponibilità culturale

---

<sup>(10)</sup> Si tratta di: W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), trad. italiana di P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1974.

<sup>(11)</sup> *El Orden Jurídico Medieval*, trad. de F. Tomás y Valiente y C. Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996. Per cura di Ricardo Marcelo Fonseca il volume è stato tradotto anche in lingua portoghese: *A Ordem Jurídica Medieval*, trad. de D. Rossato Agostinetti, São Paulo, Martins Fontes, 2014.

dimostràtami sin da allora dal docente di storia del diritto Claes Peterson.

Considerato, però, che io sto oggi parlando a colleghi e allievi di un Ateneo brasiliano, mi preme di evidenziare una realtà per me assai consolante: il legame strettissimo che ha vincolato l'iniziativa fiorentina con parecchi Centri universitarii dell'Argentina, del Brasile, del Messico, del Perù. Non sono certamente dimenticabili i proficui colloqui culturali con studiosi messicani muniti di solide basi culturali e di penetranti intuizioni, come Jaime del Arenal, oggi ambasciatore messicano presso la Santa Sede, e come Rafael Estrada (Escuela Libre de Derecho — Città del Messico). Ma è sul rapporto mio con la giovane cultura giuridica brasiliana che debbo e voglio sostare. Il mio primo approccio avvenne al di fuori della dimensione storico-giuridica ed ebbe inizio quando io partecipai nel 1976 alle 'Prime giornate italo-brasiliane di diritto agrario', organizzate a Porto Alegre (Rio Grande do Sul) dal locale 'Instituto dos Advogados'. Lì conobbi il cattedratico riograndense di 'diritto civile', Clovis do Couto e Silva, uno studioso che si era ampiamente nutrito della letteratura pandettistica tedesca dell'Ottocento e di tutta la più provveduta scienza civilistica europea, giurista completo e scrittore di pagine teoretiche dense di pensiero e, pertanto, veri tentativi di autentica costruzione giuridica. Ponemmo, insieme, le basi per un ideale ponte tra Firenze e Porto Alegre, un ponte che ha valso da tramite continuo anche dopo la morte prematura di Clovis grazie all'intelligenza e cultura della sua allieva e successora sulla cattedra, Judith Martins Costa.

Ma è soprattutto sul piano storico-giuridico che mi preme sostare a causa del cospicuo sviluppo che si è avuto e tuttora si ha per merito di due attuali Maestri, Arno Dal Ri, della Università Federale di Santa Catarina, e Ricardo Marcelo Fonseca, della Università Federale del Paraná. All'inizio, sono stati loro a prendere contatti con me dopo aver letto alcuni miei scritti e a voler trascorrere a Firenze dei periodi di studio. Nel caso di Ricardo Marcelo si è avuto addirittura un lunghissimo soggiorno, con il trasferimento a Firenze della sua nascente famiglia. Ne sono scaturiti un rapporto intenso e vicendevoli soggiorni nelle nostre rispettive sedi di Firenze, Florianópolis, Curitiba. Arno e Ricardo sono assurti nei loro Atenei al rango di Maestri; Ricardo, dopo essere stato eletto Decano della

Facoltà paranaense, è oggi l'ammirato Rettore di quell'Ateneo. Essi hanno promosso e guidato delle vere scuole, contribuendo non poco allo sviluppo di una autonoma storiografia giuridica brasiliana. Grazie a loro, dove prima c'era, se non il deserto, nulla più che una steppa arida, ora c'è una rassicurante fioritura di giovani energie. Ne è testimonianza viva questa odierna Videoconferenza organizzata a Belo Horizonte dal Professor Ricardo Sontag, un giovane discepolo catarinense di Arno Dal Ri.

Debbo giustificare una palese omissione, quella di un grande paese come gli USA. Il discorso può essere netto. Mentre ho goduto di alcuni fecondi personalissimi dialoghi con alcuni studiosi di vaglia (menziono volentieri Julius Kirshner e Erich Cochrane, della University of Chicago<sup>(12)</sup>, e Donald Kelley, della Rutgers University, Direttore del 'Journal on the History of Ideas'), ho, in genere, avvertito una grossa distonia con la cultura giuridica statunitense, una cultura dominata dalla costante primazia dell'*avere* e dalla stella polare del *profitto*, come se non vivessimo oggi un tempo tanto lontano e diverso dalla fine del Settecento quando si consolidarono le 'carte dei diritti' nordamericane, tutte ispirate a un sordo 'individualismo possessivo'<sup>(13)</sup>.

#### 8. *Sul volto dei 'Quaderni': perché 'fiorentini'?*

È tempo di scendere alla vita del 'Centro' e alle sue realizzazioni, prima fra tutte i 'Quaderni fiorentini', espressione principale del ruolo che il Centro intendeva rivestire. Su un primo carattere non ci sarebbe proprio da precisare nulla, giacché dovrebbe essere la nota caratterizzante di ogni pubblicazione che voglia qualificarsi come scientifica; ed è il pluralismo culturale e ideologico quale impronta concretamente attuata dai 'Quaderni'. Oggi che le contrapposizioni ideologiche si sono assai stemperate, è questa un'av-

---

(12) Si deve al loro efficiente interessamento la traduzione in lingua inglese del mio libro *Un altro modo di possedere* (1977): *An Alternative to Private Property. Collective Property in the Juridical Consciousness of the Nineteenth Century*, transl. by Lydia Cochrane, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1981.

(13) Il riferimento è al titolo di un felice e fortunato saggio: C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke* (1962).

vertenza superflua. Assai meno nel 1971 quando erano ancora baldanzose due contrapposte intolleranze perché depositarie di ‘verità’ indiscutibili, quella marxista e quella liberal-borghese. E fu per ciò che anche nella prima ‘Pagina introduttiva’ tenni a sottolineare come programma inabdicabile il più aperto pluralismo culturale e ideologico.

Ora, vorrei, invece, insistere su due caratteri specifici, che ritengo essenziali per mettere a fuoco il volto del nuovo ‘foglio’: sulla sua *fiorentinità*, ben evidenziata nella stessa intestazione; su un suo carattere, non scritto a chiare note nella intitolazione ma fermissimo nel mio progetto, e cioè la *poliglotticità* (chiedendo, ovviamente scusa, per questo vocabolo assai goffo).

*Fiorentinità*. Omaggio alla patria del promotore, nato e sempre vissuto nel capoluogo toscano? Omaggio all’ospitale Ateneo fiorentino e, soprattutto, alla sua generosa e lungimirante Facoltà giuridica? Assolutamente no. La motivazione fu messa — anche se stringatamente — in chiaro nella ‘pagina introduttiva’ fatta circolare quale primo annuncio della intrapresa: i ‘Quaderni’ si qualificavano *fiorentini* « dal momento che Firenze, nella sua vitalità culturale, fornisce alla iniziativa ben più che una semplice occasione ». È forse opportuno oggi sciogliere e distendere maggiormente quella allora voluta stringatezza.

Ai miei occhi, Firenze era qualcosa di più di una grande città d’arte; era, in realtà, non solo una città *capitale*, ma la città *capitale* per eccellenza, sol che si abbandonassero misure grezze come il numero dei cittadini o le dimensioni urbanistica economica politica, sol che la si cogliesse nella *universalità* del suo messaggio culturale. Era, infatti, la culla di quell’umanesimo quattrocentesco che, per primo, aveva in Europa avviato la fondazione di un’età nuova, basandola solidamente sul valore universale della *dignità* dell’uomo in quanto uomo, una dignità riscoperta grazie alla riappropriazione di un sapere filosofico e filologico che attualizzava il grande tesoro della classicità soprattutto greca e, soprattutto, platonica e neoplatonica. Ed è proprio quel valore universale affermato sonoramente dall’umanesimo fiorentino a rendere universale il volto e la voce di Firenze, separandola dalla contingenza delle vicende storiche e marcandola di una indiscutibile e indiscussa perennità.

Di questo ero convinto fin dalle mie folte letture di studente culturalmente assetato, ma ne avrei avuto conferma dalla testimonianza di un notevole personaggio cui ero particolarmente vicino, Giorgio La Pira, mio docente di 'Istituzioni di diritto romano' e poi lungamente e intensamente amico e collega. Non era fiorentino; anzi, proveniva dal lembo più meridionale della Sicilia fronteggiante le coste libiche. Tuttavia — incardinatosi a Firenze, dapprima come studente assistente insegnante nella Facoltà giuridica, indi come rappresentante in Parlamento e Sindaco della stessa città — aveva respirato a pieni polmoni il vivificante clima culturale fiorentino, immedesimandosi in esso fino a diventare il personaggio che lo ha espresso con maggiori fedeltà e intelligenza. La Pira, che molti riducono nel Sindaco socialmente innovatore o nel portatore di una straordinaria esperienza mistica, fu negli anni Trenta e Quaranta un personaggio culturalmente spaziente, lettore avido non solo dello 'Esprit' del cattolico Mounier, ma della 'Revista de Occidente' di Ortega y Gasset, o di 'Horizon' di Eliot, e fertilmente avvezzo a quella visione universale che è la dimensione autentica dell'uomo di cultura. Per lui il segno identitario di Firenze era l'universalità e tendeva — di conseguenza — a farne una città al centro di una raggiera universale di molteplici relazioni. Nei primi anni Cinquanta fu, proprio in questa ottica universalistica e anche unificante, che egli organizzò in Firenze quei 'Convegni per la pace e la civiltà cristiana', nei quali furono chiamati a dialogare e discutere insieme: politici e intellettuali di diversissima estrazione (marxista liberale cattolica), implacabili nemici come ebrei ed arabi, afroasiatici ancora (in quegli anni) soffocati dal colonialismo europeo in diretto confronto con i loro colonizzatori. Posso veramente dire che allora, assai più di prima, frequentando quei Convegni lapiriani, nelle sale magnifiche di Palazzo Vecchio (sede del Comune fiorentino), mi si prospettò l'immagine nitida del potere unitivo della cultura e il carisma universale, e pertanto unitivo, della mia città. E fu a questo che io pensai quando volli marcare di *fiorentinità* il mio modestissimo esperimento della nuova Rivista giuridica. Non si trattava di *localizzarlo*; al contrario, di aprirlo verso orizzonti amplissimi.

9. *Sul volto dei 'Quaderni': un foglio poliglotta.*

La decisa scelta a riflettere sulla storia del *pensiero* era sollecitata, come ho esplicitamente affermato più sopra, dall'essere « il pensiero insofferente alle arginazioni geografiche etniche politiche che tendono a impressionare dei loro particolarismi localistici fatti e istituzioni », dal suo proiettarsi al di sopra di spazi segnati da diverse e precise confinazioni. Una di queste, e certamente non minima, era rappresentata dalla dimensione linguistica.

I 'Quaderni Fiorentini' dovevano superare il monolinguisimo (non solo dello 'italiano', ma anche e soprattutto della lingua inglese, rapida e concisa, pertanto adattissima a ordinare relazioni mercantili ma incapace a esprimere la ricchezza culturale delle lingue neolatine e anche del 'tedesco'), dovevano contrassegnarsi per un voluto multilinguismo, almeno per quanto atteneva alle lingue più diffuse e comunemente comprese da lettori culturalmente ben provveduti. Ciò era di grosso rilievo, innanzi tutto per gli stessi collaboratori scientifici: la scelta multilinguistica testimoniava che i 'Quaderni' intendevano essere una sorta di casa comune e che il singolo autore poteva davvero sentirsi a casa propria con il suo contributo accolto nella lingua originale. Il multilinguismo accentuava, inoltre, quella latitudine spaziale, quella universalità a cui il nascente 'foglio' tendeva.

Un accenno, infine, di minuta cronistoria in occasione del varo dei 'Quaderni'. Oggi, grazie alle innovative tecniche di foto-composizione, non sorgerebbero grossi ostacoli se un Redattore facesse una proposta polilinguistica. Io, invece, non posso non ricordare l'estrema difficoltà di reperire nel 1971 un editore italiano disposto ad accettare una siffatta pubblicazione. Era ancora il tempo della 'composizione a piombo' e i testi venivano affidati nelle tipografie ad abili operai che avevano, però, il difetto di maneggiare male i 'misteriosi' testi redatti in lingue diverse dallo 'italiano'. Ricordo che molti editori da me interpellati rinunciarono, e ricordo anche che un illustre editore fiorentino accettò a condizione che la composizione in lingua straniera non superasse il 5% dell'intero (condizione inaccettabile, considerato il progetto culturale che intendevo realizzare). La sola casa editrice disponibile fu la 'Giuffrè', facilitata perché, essendo il proprio stabilimento tipografico ubicato

allora a Varese, non lontano dal confine elvetico, aveva alcuni dipendenti cittadini della Confederazione Svizzera, Stato in cui le lingue ufficiali, accanto allo 'italiano' e assai più diffuse di questo, erano il 'tedesco' e il 'francese' (14).

10. *Sul volto dei 'Quaderni': cinquanta anni di attenzione al movimento e mutamento nell'ordine giuridico.*

Converrà ora rendere più concreto il nostro sguardo e seguire le tappe principali di un cinquantennale itinerario, che si è svolto distendendosi in tre distinte — ma ben coordinate fra loro — manifestazioni.

Innanzitutto, i 'Quaderni', pensati *ab origine* come una catena di volumi annuali, con una auspicabile alternanza tra pubblicazioni a contenuto eterogeneo e a contenuto monografico.

Per quanto concerne quelli a contenuto eterogeneo, io e Pietro Costa (allora Assistente Ordinario della Facoltà di Giurisprudenza e mio collaboratore primario sin dalla genesi dell'iniziativa) pensammo a queste articolazioni interne: *Modelli e dimensioni, La dimensione giuridica, Figure dell'esperienza*; intendendo, con la prima, di guardare — storicisticamente — ai confini del diritto (e anche al di là) e recuperandolo dalle astrattezze dogmatiche di un attanagliante formalismo; con la seconda, di valorizzare l'autonomia dell'universo giuridico; con la terza, il suo ineliminabile consistere in esperienza, in fatti di vita.

Per i volumi monografici, si era pensato a essi come a preziose occasioni per afferrare grossi temi problematici, riproporli alla generale attenzione e discuterne attentamente. Precisando che la rilevanza dei temi ha, più di una volta, costretto la Redazione a dedicarvi un volume doppio, stante la copiosa quantità dei contributi collaborativi. Rammemoro qui i momenti che, fra i molti, mi sembrano più incisivi sul piano culturale:

— nel 1974-75 « Il socialismo giuridico. Ipotesi e letture », dove affrontammo un tema poco arato, il cosiddetto 'socialismo giuridico' di fine Ottocento, che Paolo Ungari aveva avuto il merito

---

(14) Non faccio cenno alla quarta lingua formalmente ufficiale, il 'ladino', perché parlato da una parte minima della popolazione.

di riesumere in un saggio stimolante <sup>(15)</sup>. Non un socialismo autentico, piuttosto venature solidaristiche all'interno della crisi dell'individualismo giuridico borghese;

— nel 1976-77 « Itinerari moderni della proprietà », un tentativo di riflessione critica su un tema enfatizzato unilateralmente nelle Codificazioni e nella dottrina ottocentesche, tema però meritevole di essere liberato dalle viscosità dell'assolutismo giuridico borghese e analizzato alla luce delle novità costituzionali e delle analisi economicistiche provenienti soprattutto da Oltreatlantico;

— nel 1987 « Riviste giuridiche italiane », che faceva seguito a un Incontro di studio tenuto a Firenze, in Palazzo Vecchio, nei giorni 15 e 16 aprile 1983. Sia questo Incontro, sia il 'Quaderno' monografico dell'87 avevano una stessa finalità: al di là del sapere tecnico, era possibile riscontrare, nei più diffusi fogli giuridici italiani, una dimensione culturale? Erano Riviste-magazzino (come io le chiamai), o recavano in sé un progetto culturale esorbitante dalla bassa corte del semplice ausilio professionale?;

— nel 1999 « Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica », dove, da un osservatorio alieno da requisitorie o apologie, ci si poneva, in un atteggiamento serenamente storiografico, il problema di quanto una riflessione spesso di notevole spessore scientifico abbia potuto utilizzare nel nuovo clima sicuramente democratico strumenti teorici conati durante il ventennio autoritario;

— nel 2002 « L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive », dove si tentava, forse con lungimiranza, di vagliare l'itinerario cinquantennale di una comunità economica e giuridica nelle sue conquiste unificanti, nelle sue difficoltà, nei suoi tradimenti;

— nel 2007 « Principio di legalità e diritto penale », dove si affrontava, al cospetto degli intensi mutamenti — sul piano delle fonti — all'interno di un paese di *Civil Law* come la Repubblica italiana, la resistenza in campo penale di una legalità ad ogni costo;

— nel 2011 « Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale », dove, nella lucida consapevolezza dei sopramenzionati mutamenti intensi sul piano delle fonti, si esaminava la sempre

---

(15) P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico. I. Le scuole del diritto privato sociale*, in « Politica del diritto », I (1970).

più decisa giudizialità del diritto italiano alla luce dei due pilastri portanti del vecchio Stato liberale, la separazione dei poteri e il principio di stretta legalità.

Come ci è dato di constatare, il Centro fiorentino, grazie alla pubblicazione annuale dei 'Quaderni', non mancava di registrare con attenzione i problemi più pressanti per l'ordine giuridico democratico desideroso di vivere in coerenza con il divenire socio-economico e culturale.

11. *A fianco dei 'Quaderni': sulle ragioni e le funzioni di una 'Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno'.*

Subito dopo il varo dei 'Quaderni', io avvertii l'esigenza che le manifestazioni del 'Centro' fiorentino non si limitassero a una pubblicazione periodica annuale, sia pure di valenza altamente programmatica, e che questa fosse accompagnata da una collezione di monografie. Fui reso convinto di ciò da alcuni eventi che maturarono proprio nei due anni 1972 e 1973.

Un evento fu la prima organizzazione congressuale operata dal 'Centro', il Convegno internazionale tenuto a Firenze nei giorni 17-18-19 ottobre 1972 sul tema « La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno », onorato da Relatori stranieri del rango di Robert Feenstra (Leiden), Hans Thieme (Freiburg in Breisgau), Michel Villey (Paris Sorbonne), Franz Wieacker (Göttingen). Gli 'Atti' congressuali, quantitativamente rilevanti, chiedevano di essere sistemati in un volume unitario ma anche autonomo.

Due quasi contemporanei eventi furono, poi, le definizioni di importanti ricerche dei primi due discepoli miei, dell'allievo macedone Mario Sbriccoli su « Crimen laesae maiestatis » e del primo allievo fiorentino Pietro Costa su « Il progetto giuridico ». L'affiorare di una possibile scuola di storici del diritto mi segnalò con urgenza l'opportunità del varo di una collezione di volumi autonomi. Nacque l'idea di una 'Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno' quale nicchia assai propizia per accogliere le pubblicazioni di futuri discepoli, di 'Atti' congressuali conseguenti a iniziative organizzate dal 'Centro', senza contare che una simile nicchia poteva servire utilmente per amici e colleghi italiani e stranieri e, soprattutto, per giovani studiosi. Oggi la 'Biblioteca' è

diventata una cospicua collezione formata da ben 120 volumi, dove abbiamo potuto ospitare ristampe di testi ormai classici, traduzioni di opere di indubbio rilievo culturale, 'Atti' congressuali.

Segnalo le ristampe di due saggi fondamentali di Costantino Mortati, uno dei più acuti costituzionalisti italiani del Novecento: « L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano » (con una prefazione di Enzo Cheli) e « La costituzione in senso materiale » (con una premessa di Gustavo Zagrebelsky).

Fra le numerose traduzioni, segnalo quelle della « Storia del diritto privato moderno » di Franz Wieacker, delle « Lezioni di Glasgow » di Adam Smith, di « Rappresentanza-rappresentazione » di Hasso Hofmann, della « Storia del diritto pubblico in Germania » di Michael Stolleis.

Fra le pubblicazioni di 'Atti' congressuali, mi limito a segnalare tre concernenti Incontri organizzati direttamente dal Centro a Firenze. Culturalmente significativo fu, nel 1985, l'incontro di studio su « Storia sociale e dimensione giuridica », che io volli come colloquio diretto con la scuola parigina delle 'Annales', altamente meritoria per il rinnovamento metodologico propugnato ed effettivamente esercitato, ma portatrice di parecchia incomprendimento verso la dimensione giuridica. Ebbi il privilegio di avere come Relatore principale Jacques Le Goff, al quale corrispose da parte degli storici del diritto la estremamente lucida Relazione di Mario Sbriccoli. Il dialogo si concretizzò in un reciproco rispettoso ascolto, con un Le Goff convinto della necessità di approfondire la realtà 'misteriosa' del diritto <sup>(16)</sup>. Nel '96 il tema fu, invece, « Giuristi e legislatori », affrontando il problema dell'assetto posmoderno delle fonti del diritto in relazione soprattutto alle visioni dogmatiche dello Stato borghese circa la separazione dei poteri e il principio di legalità (problema che sarebbe stato — in seguito — ripreso e sviluppato nel 'Quaderno' monografico del 2011). Nel 2000 si volle analizzare, a cavalcioni tra un millennio e l'altro, quello che era stata la fonte per

---

<sup>(16)</sup> Una memoria personale: lo ricordo attentissimo soprattutto quando parlavano dei giuristi. E ricordo il suo sorriso — non ironico ma benevolo — quando, nella mia Relazione introduttiva, io, pur riconoscendo i grossi meriti degli 'annalistes', auspicai scherzosamente che il loro culto della micro-storia quotidiana dell'uomo comune non arrivasse a parlarci dei pollai collocati nei cortili dei castelli signorili.

eccellenza del diritto moderno, il *Codice*; analizzare e vagliare la sua idoneità a disciplinare un diritto sempre meno 'nazionale', sempre più europeo e anche globale.

12. *Uno sguardo all'oggi: verso la festa per il cinquantenario.*

Solo qualche parola finale sull'oggi. Nel 2001, allo scadere del primo trentennio del 'Centro' e dei 'Quaderni fiorentini', ottenni di poter lasciare, sia la Direzione del primo, sia la Redazione dei secondi. L'una e l'altra passarono nelle mani validissime di due docenti e studiosi appartenenti alla scuola storico-giuridica fiorentina, Bernardo Sordi e Pietro Costa. Nella 'Pagina introduttiva' del trentesimo 'Quaderno' io ebbi il piacere di scrivere, a proposito dei miei successori, alcune parole all'insegna della più schietta sincerità: « Muniti di rara intelligenza e di una formidabile cultura, sono e saranno in grado di pilotare la nostra piccola impresa culturale ben oltre il traguardo del trentennio, conseguendo — ne sono sicuro — meritati successi e accrescendo il nostro prestigio ». Da allora sono trascorsi già quasi venti anni, e attualmente dirige il 'Centro' Paolo Cappellini, storico del diritto nell'Ateneo fiorentino, mentre i 'Quaderni' sono diretti da Giovanni Cazzetta, storico del diritto nell'Ateneo di Ferrara ma appartenente alla scuola fiorentina.

Una precisazione mi preme. Sempre, ininterrottamente dal 1972 al 2020, quasi a testimoniare nei fatti il banco comune di lavoro da me auspicato e progettato, del Comitato scientifico del Centro hanno fatto parte storici del diritto ma anche filosofi del diritto, comparatisti e cultori nei più diversi campi del diritto positivo. E questo è avvenuto nella più perfetta armonia tra approcci culturali diversi, con un grande profitto per l'attività del 'Centro'.



BERNARDO SORDI

## RICORDO DI MICHAEL STOLLEIS

Lo scorso 18 marzo ci ha lasciati, dopo una breve, rapace, malattia, un grande amico dei *Quaderni*: Michael Stolleis. Giovanile, atletico, malgrado i suoi capelli bianchi e l'approssimarsi degli ottant'anni <sup>(1)</sup> — avevo pensato alla ricorrenza proprio a gennaio, con l'inizio del nuovo anno, ipotizzando un qualche festeggiamento alla fine della pandemia che, purtroppo, non siamo riusciti neppure a mettere in programma —, portava con sé, con elegante disinvoltura, un'immagine colta, internazionale, poliglotta, della storia del diritto e della sua materia prediletta, il diritto pubblico.

Le traduzioni, nelle più svariate lingue del mondo, dei suoi tanti libri; le numerose lauree honoris causa ricevute; il premio Balzan nel 2000; il vice cancellierato dell'*Orden Pour le mérite für Wissenschaften und Künste*, massima istituzione scientifico-culturale della Bundesrepublik; e, soprattutto, la lunga guida del Max-Planck-Institut di Francoforte, dal 1991 al 2009, che lo aveva individuato come il punto di riferimento scientifico per decine di giovani studiosi dalle più diverse provenienze, condensavano perfettamente il suo essere, insieme, un grande accademico, secondo stilemi ormai perduti anche in Germania, e uno straordinario uomo di cultura: in primo luogo, di una cultura giuridica profondamente europea.

Lo testimoniava il campo scientifico scelto per le sue indagini. Una storia del diritto europeo a trazione tedesca, aperta e problematica, disponibile a ricercare percorsi di circolazione e di ricezione, ma anche consapevole che specialmente, in ambito pubblici-

---

<sup>(1)</sup> Era nato a Ludwigshafen am Rhein, terra di industrie e di vigneti sulla riva sinistra sul Reno, in un difficile anno di guerra, il 20 luglio 1941, da una paternità ingombrante, di cui avanti nel testo.

stico, una storia europea del diritto era ancora da scrivere, obiettivo *de futuro*, risultato raggiungibile solo attraverso un'azione convergente e coordinata di una ricca pluralità di studiosi. Nessun dubbio, certo, che occorresse senz'altro alzare lo sguardo, indagando e confrontando percorsi comuni e sentieri nazionali, stimolando e arricchendo il confronto comparativo, ma sempre a partire da un solido dominio delle storie nazionali. La 'sua' storia, perciò, aveva un cuore, fondamentalmente e principalmente, tedesco: un cuore che, all'inizio della sua ricerca, era in larga misura ancora inesplorato, da scoprire e ordinare, che meritava dunque tutta l'attenzione e la fatica ricostruttiva dell'interprete. Una storia della Germania in Europa, potremmo dire, con qualche approssimazione.

Conoscitore profondo della realtà nord e mitteleuropea, dei percorsi francesi, tanto spesso dialetticamente o conflittualmente intrecciati con quelli tedeschi, e degli stessi sentieri mediterranei, raramente però Michael si era spinto in dirette incursioni fuori dai confini tedeschi, né aveva mai mostrato di indulgere alle sirene di sintesi di largo spettro, forse ai suoi occhi di eccessiva, indeterminata, portata. Con le uniche eccezioni, se ben vedo, degli studi sulla ragion di Stato nella prima età moderna e del delizioso cameo di storia iconografica dedicato nel 2004 a *L'occhio della legge*.

Non è un caso che il suo *Lebenswerk* sia stato consacrato, appunto, alla *Storia del diritto pubblico in Germania*, come fedelmente traducemmo, nel 2008 e nel 2014, allorché i due primi tomi, in versione italiana, vennero inseriti, dopo un lungo lavoro, nella *Biblioteca fiorentina*.

Una ricerca di eccezionale portata questa di Michael che, con tutti i lettori dei *Quaderni*, abbiamo avuto il privilegio di seguire passo a passo, dal suo progetto sino alla sua conclusione; di commentare attentamente ogni volta che una nuova copertina blu, nella raffinata edizione monacense di Beck, veniva pubblicata, con una studiatissima scelta di immagini: la rappresentazione grafica seicentesca degli attributi della *maiestas* imperiale, nel primo volume dedicato alle origini, nel 1988, in cui Michael chiudeva le fila di un'ampia serie di studi precedenti dedicati alla ragion di Stato, al diritto naturale, alla *Finanzgeschichte*; la Paulskirche, per il volume dedicato nel 1992 al XIX secolo; il *Reichstag* impacchettato dalla celebre performance di Christo del 1995, per il tomo dedicato a

Weimar e al nazismo, nel 1999; la porta di Brandeburgo nella festa di popolo seguita alla inaspettata caduta del muro di Berlino nel novembre 1989, per il secondo dopoguerra, compiutamente indagato ad ovest come ad est nel volume conclusivo apparso nel 2012. Una ricerca dunque ultra venticinquennale, monumentale e sorprendente per la quantità di dati inventariati e raccolti, dai profili di centinaia di giuristi alla dettagliata rassegna delle sedi universitarie, delle riviste, della manualistica; imponente per la schedatura attenta di una sterminata bibliografia di *Quellen*, ripercorsa meticolosamente attraverso prolungati soggiorni in uno dei santuari della memoria tedesca della prima età moderna, la *Herzog August Bibliothek* di Wolfenbüttel e restituita quindi in preziosi registri di fonti storiche, introduttivi alla trattazione.

L'opera era stata progettata sin dall'inizio con questo dettaglio ricostruttivo, con questa acribia enciclopedica di uomini e testi, di vicende istituzionali, di movimenti intellettuali e di sedi di svolgimento della vita accademica e intellettuale, lungo tutto l'arco dei suoi quasi cinque secoli di estensione, dalla pace di Augusta del 1555 sino al presente, allungatosi in itinere sino alla *Wiedervereinigung* nel 1990. Inizialmente ipotizzata in due volumi, verrà raddoppiata in corso di lavorazione, mantenendo intatti, pagina dopo pagina, si trattasse dei principali esponenti settecenteschi della scienza di polizia, o dei grandi protagonisti della giurispubblicistica ottocentesca, dei giuristi weimariani o dei giuristi del nazismo, sino alle peculiarissime relazioni tra diritto e politica della DDR comunista, lo stesso approfondimento, la stessa felice contestualizzazione ai tempi e alle condizioni politico-sociali.

Grazie ad una straordinaria forza di racconto, nonostante questa eccezionale stratificazione di profili biobibliografici, di dati, di informazioni, resi facilmente accessibili da ottimi indici di supporto, l'opera non si riduceva ad una miniera di consultazione, ma rappresentava una formidabile interpretazione della lunga linea del pubblico, della sua contrastata gestazione, negli anni della Riforma protestante, ma ancora in una persistente cornice tipicamente imperiale, sino alla progressiva identificazione con i destini della statualità, segnata nella prima metà dell'Ottocento, anche in Germania, dalla graduale bipartizione della materia in costituzionale e amministrativa e, subito dopo, dal vorticoso convergere di trasfor-

mazioni impetuose, tra l'impero guglielmino, la prima guerra mondiale, gli anni di Weimar, in una modernizzazione contrastata, che il nazismo avrebbe reso drammatica e che la rigida contrapposizione tra *West und Ost* nel secondo dopoguerra avrebbe contribuito, sino al liberatorio crollo del muro, a marchiare di eccezionale individualità.

Si materializzava così, con la pubblicazione dei quattro tomi sopra ricordati, un'opera che non c'era, che non aveva precedenti, per il diritto pubblico, neppure in Germania per un arco di così lunga durata, dalla prima modernità al presente, e che soltanto il grande senso storiografico di Michael e la finezza della sua cultura giuridica riuscivano a conservare unita e coesa per l'intero percorso. Una storia in grado di seguire il costruirsi dell'identità pubblicistica, delle sue tradizioni disciplinari, dei suoi istituti giuridici chiave, nel costituzionale, come nell'amministrativo: un autentico punto di riferimento per la genesi, lo sviluppo, la continua trasformazione dell'intero modello continentale, colto nella sua specifica, peculiare, declinazione germanica.

Ne usciva perfettamente tratteggiato per il lettore, anche non specialista, il *Sonderweg* tedesco, con la sua lenta modernizzazione, la lunga *Sattelzeit* sette-ottocentesca, la fragilità del movimento liberale e della società borghese del XIX secolo, ma anche con la sua precoce attenzione alla politica sociale, che da finissimo cultore di *Sozialrecht* Michael era in grado di perlustrare in ogni sua piega e che avrebbe poi sintetizzato nel profilo in inglese *Origins of the German Welfare State*, pubblicato per Springer nel 2013.

Non erano certo le dolorose fratture della *deutsche Frage* a preoccupare il nostro autore o a metterlo in difficoltà, se sol si pensa che Michael era stato tra i primissimi ad indagare, agli inizi degli anni Settanta, senza veli, senza reticenze, senza precostituiti giudizi moralistici, il *Recht im Unrecht*, il nazismo e i suoi clerici, fra i quali proprio i giuristi, spesso di eccezionale caratura, formati nel laboratorio più incandescente del Novecento europeo, quello weimariano, avevano giocato un ruolo di sicuro protagonismo.

Ai travagli del percorso tedesco Michael guardava con la forza riposata dello studioso della lunga durata, ben consapevole delle sorti, tutt'altro che magnifiche e progressive, della storia europea. Ma anche attraverso una giusta distanza maturata e sapientemente

costruita negli anni di formazione. « La mia generazione — rivelò pubblicamente nel discorso di ringraziamento per l'assegnazione del premio Balzan a Roma, il 15 novembre del 2000 —, cresciuta in pace, libertà e benessere, era la generazione dei figli e delle figlie del nazionalsocialismo. Ci sentimmo in obbligo di occuparcene. Io ho avuto un maestro svedese, molto amato, Sten Gagnér, che mi offrì la libertà e l'incoraggiamento necessario per farlo ».

Per uno storico del diritto di quella generazione era già una scelta controcorrente, per l'estrema contemporaneità dell'oggetto di studio, ma soprattutto per l'estrema scabrosità dell'argomento in una scienza giuridica, quella della Repubblica federale, ancora alla fine degli anni Sessanta, con i piedi ben piantati in una sua consistente frazione, da Theodor Maunz a Karl Larenz, da Carl Schmitt a Ernst Forsthoff, da Otto Koellreutter a Ernst Rudolf Huber, in *The Law under the Swastika*, come lo stesso Michael intitolava una sua raccolta di scritti, pubblicata in inglese alla fine degli anni Novanta.

Per Michael quella scelta era controcorrente anche personalmente, come raccontava in privato, perché figlio del nazionalsocialismo lo era in senso non metaforico, dal momento che il padre, Erich, lui stesso giurista, nato nel 1906, non solo era iscritto alla NSDAP sin dal 1929 e membro del Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, ma aveva ricoperto anche la carica di Oberbürgermeister di Ludwigshafen dal 1937 all'anno di nascita di Michael, il 1941, per poi esser catturato dagli inglesi, dopo una breve partecipazione alle operazioni belliche nell'Africa del Nord ed avviato ad un campo di prigionia sino al 1947. Un racconto che mi aveva colpito subito profondamente, dal momento che i miei fratelli maggiori erano esattamente coetanei e i miei genitori erano solo di qualche anno più giovani dei suoi, con una quotidianità diversa e certo meno rilevante, ovviamente lontani dal luteranesimo di Michael, radicati al contrario nel movimento cattolico, ma pure testimoni di un medesimo, comune, frangente: mia madre, laureatasi con Attilio Momigliano, nel luglio 1938, a pochi mesi di distanza dal suo allontanamento, in autunno, dalla cattedra fiorentina di letteratura italiana per le leggi razziali; mio padre costretto, da ufficiale di complemento dell'esercito, a far le sue prime prove nella guerra d'Etiopia prima, e poi nel secondo conflitto mondiale, sino alla

rocambolesca ritirata l'8 settembre della propria divisione, la Friuli, dalla Corsica alla Sardegna e infine a Salerno per riunirsi al Corpo d'armata alleato sino alla liberazione di Bologna.

L'immediata convergenza degli interessi scientifici — Michael che conobbi per la prima volta a Francoforte nel 1985 promosse subito generosamente la pubblicazione su *Die Verwaltung* di una delle mie primissime prove pubbliche, una conferenza al Max Planck sulla recezione di Rudolf von Gneist in Italia, di cui ancora ricordo con gratitudine il sostegno affettuoso di Maurizio Fioravanti, già ben radicato in Istituto — si saldava così per me alla sensazione di aver trovato un altro fratello maggiore, di grande autorevolezza scientifica, dando vita ad un rapporto di amicizia che non si sarebbe mai più interrotto. E da cui avrei sempre tratto un grande profitto, a partire dalle preziose indicazioni ricevute per una mia ricerca sui giuristi weimariani, pubblicata nel 1987, che tanto doveva alle sue pregevoli sintesi di storia della scienza tedesca del diritto amministrativo, apparse a più riprese, dall'inizio degli anni Ottanta, nei volumi della *Deutsche Verwaltungsgeschichte*.

Michael era del resto in attento ascolto delle cose italiane: di quelle fiorentine, cui lo legava il ricordo forte e piacevole di quello che credo fosse stato il suo primo soggiorno estero, alle pendici di viale Michelangelo, ospite di una signora di cui non riesco a ricordare il nome ma che aveva più volte cercato di rintracciare nelle sue presenze, frequenti, presso il *Centro*, dal Seminario internazionale dedicato a Federico Carlo di Savigny, nel 1979, al convegno per i 40 anni dei *Quaderni fiorentini* nel 2012, all'ultimo congresso pre-pandemia, per i cento anni della costituzione di Weimar, nell'ottobre 2019. Il progetto dei *Quaderni* e della *Biblioteca*, in cui, sin dai primi volumi, era stata pubblicata, grazie alla cura di Umberto Santarelli, la traduzione italiana della *Privatrechtsgeschichte* di Franz Wieacker, gli era apparso subito congeniale, tanto da rendersi promotore della prima laurea honoris causa di Paolo Grossi, conferitagli nel 1989 dalla Goethe Universität di Francoforte, nella cui facoltà giuridica Michael teneva, dal 1975, la cattedra di diritto pubblico e storia del diritto; o tanto da promuovere, una volta assunta la direzione dell'Istituto, ricerche, come quella sulle riviste giuridiche, del tutto speculari a quelle avviate da questa rivista.

Non c'era solo Firenze negli orizzonti italiani di Michael, anche se a Firenze trovava, accanto a Grossi e proprio nella storia del diritto pubblico, interlocutori diretti e partecipi delle sue tematiche di ricerca come Pietro Costa, allora alle prese con gli scavi in lungo e largo dello *Stato immaginario*, e Maurizio Fioravanti, pionieristico autore, già nel 1979, di un'affascinante sintesi dei percorsi della giuspubblicistica tedesca nel XIX secolo, oltre ad un germanista provetto come Paolo Cappellini, in quegli anni al lavoro per la sua monumentale storia delle origini della Scuola storica e della Pandettistica, e ai due pistoiesi appena più giovani, Luca Mannori ed io. C'era naturalmente anche Trento, dove tra gli anni Ottanta e i primi anni Novanta, l'Istituto italo-germanico, grazie alla spumeggiante freschezza intellettuale di Paolo Prodi e Piero Schiera e alla eccezionale capacità organizzativa di Giuliana Nobili, si era candidato stabilmente a rappresentare un luogo privilegiato di incontro tra Italia e Germania, di ampia apertura interdisciplinare, tra storiografia, scienza politica, diritto, economia, che catalizzava studiosi da Milano, Venezia, Bologna, Firenze, Siena, Napoli, oltre che dalle più diverse sedi tedesche: un tavolo di lavoro cui la frequente presenza di Michael offriva autorevolezza, rigore metodologico, ampiezza di sguardo.

Si può capire allora il senso profondo di mestizia e di vuoto che la sua improvvisa scomparsa ha determinato. Per la storia europea del diritto pubblico, in particolare, già duramente fiaccata dalla precoce scomparsa, in rapida dolorosa successione, di Joaquín Varela Suanzes e António Manuel Hespanha, è un colpo pesante, proprio ora che il lavoro corale di tanti amici aveva consentito di ridurre sensibilmente il gap conoscitivo e ricostruttivo che il pubblico ancora scontava nei confronti delle trattazioni di storia del diritto privato, molto pronunciato in particolare, quando Michael aveva iniziato la sua attività di ricerca.

Il testimone è stato però attentamente forgiato, nel metodo, come negli spazi, nelle cronologie, nelle tematiche della ricerca. Tocca a noi e, soprattutto, ai più giovani raccogliarlo e proseguirlo, con l'impegno di mantener vivo un canale di studi non solo essenziale per la comprensione di un passato, insieme uno e diverso, come quello europeo, ma per continuare a rispondere alle domande pressanti sull'attuale identità di sovranità, potere, diritti, garanzie:

interrogativi che Michael, attento osservatore anche delle trasformazioni più recenti, dalla formazione dell'ordine giuridico europeo alla globalizzazione giuridica, aveva continuato instancabilmente a sollecitare.

In quella che è stata la nostra ultima lettera, nell'autunno scorso, ringraziandomi per l'invio di una mia ricerca appena pubblicata sulla genealogia della dicotomia tra pubblico e privato, Michael mi rispondeva con queste parole, presentandomi in gentile ricambio il testo di una relazione sul medesimo tema che avrebbe dovuto tenere di lì a qualche giorno a Copenaghen e che la pandemia aveva fatto saltare: « Dieser Vortrag behandelt explizit auch Deine 'Dichotomie'. Ich sehe, wir sind uns in den Grundgedanken ganz einig, vor allem in der Historizität der Zweiteilung und ihrer fundamentalen Veränderung in der Gegenwart. Du hast das alles sehr elegant und klug formuliert. Herzlichen Glückwunsch! In alter Freundschaft, Dein Michael ».

Di questa comune lunghezza d'onda, di questa sintonia di antica data, si è a questo punto improvvisamente e irrimediabilmente troncato il solido filo di profonda, affettuosa, convergenza.

*Lecture*



LUIGI BLANCO, *Le origini dello Stato moderno. Secoli XI-XV*, Roma, Carocci Editore, 2020, pp. 7-343.

1. Il volume colma intanto una lacuna editoriale abbastanza vistosa nell'ambito della storiografia istituzionale italiana. Benché gli storici del nostro paese, infatti, abbiano partecipato attivamente al dibattito degli ultimi trent'anni circa la nascita dello Stato nel medioevo — e ciò non solo con una varietà di ricerche di carattere specifico, ma anche con impegnativi contributi di carattere collettivo <sup>(1)</sup> e con buone sintesi didattiche <sup>(2)</sup> —, il loro sforzo di riflessione si era finora esercitato soprattutto entro i confini della Penisola. Il testo che qui recensiamo persegue invece per la prima volta l'obbiettivo di fornire un profilo generale delle origini dello Stato medievale a scala europea, entro un'area geopolitica che va dalle monarchie atlantiche alla Svizzerza, dall'area tedesca a tutto il sud Europa, fino a lambire in certa misura anche il Grande Nord: e ciò cercando di fornire per ognuna delle realtà via via esaminate non solo un inquadramento critico dei rispettivi percorsi istituzionali, basato sullo spoglio di una letteratura tanto vasta quanto aggiornata e ben digerita, ma anche un profilo delle vicende politiche correlative capace di guidare un lettore non necessariamente addetto lungo i sentieri del processo di statualizzazione.

Uno sforzo decisamente generoso, quindi: col quale uno studioso impegnato ormai da decenni a seguire il dibattito internazionale su questo tema pone finalmente a disposizione della comunità scientifica il suo prezioso bagaglio di conoscenze e di riflessioni.

Se passiamo ora a vedere come è concepito il libro, va detto subito che esso non segue un impianto di carattere per così dire assertivo — teso, cioè, ad offrire una determinata ricostruzione unitaria

---

<sup>(1)</sup> Si pensi solo a *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; ma anche, su scala più ridotta, a *Lo Stato territoriale fiorentino (secoli XIV-XV). Ricerche, linguaggi, confronti*, a cura di A. Zorzi, W.J. Connell, Pisa, Pacini, 2001.

<sup>(2)</sup> Tra cui per es. I. LAZZARINI, *L'Italia degli Stati territoriali. Secoli XIII-XV*, Bari, Laterza, 2003 o L. TANZINI, *Dai Comuni agli Stati territoriali. L'Italia delle città*, Monduzzi editore, 2010.

della nascita dello Stato —; né tantomeno vuole proporre una narrazione sequenziale di questo stesso processo, cronologicamente scandita per fasi o momenti salienti. La scelta è stata piuttosto quella di procedere per temi e problemi: affidando a ciascun capitolo del volume il compito di presentare un certa pagina del medioevo istituzionale europeo che ha contribuito a preparare il primo sorgere degli Stati o che comunque risulti utile a illuminarne, anche solo per differenza specifica, il momento genetico. Dei nove capitoli del libro, in particolare, il primo, dedicato a un'ampia rassegna storiografica, introduce alla gran varietà di interpretazioni e di periodizzazioni che sono state offerte negli ultimi decenni circa la nascita della statualità medievale, avvertendo fin d'ora il lettore che non potrà attendersi alcuna ricostruzione semplificatrice di un processo per sua natura assai variegato; mentre l'ultimo, su cui torneremo in chiusura, ha un taglio prospettico, ed affronta la questione dello sviluppo della forma statale nella fase storica successiva al medioevo. Gli altri sette, come ora dicevamo, sono tutti tematici. Essi spaziano, per esempio, dal rapporto tra feudalesimo e sistema di dominio statale al contributo offerto dalla civilistica e dalla canonistica allo sviluppo di una ideologia pre- o protostatale, dalle forme istituzionali che hanno accompagnato i primi progetti statali fino ad un'ampia rassegna di strutture decisamente 'altre' rispetto al modello statale classico, che però hanno continuato a convivere a lungo con esso, esercitando una sorta di concorrenza nei suoi confronti.

L'articolazione del testo è decisamente troppo complessa per poter essere qui efficacemente riassunta. Provo quindi ad estrarre quello che mi pare costituire il nocciolo del percorso ed a sviluppare qualche considerazione critica in margine.

2. Il punto d'avvio della vicenda tracciata da Blanco si colloca — contro l'opinione di parecchi altri specialisti, inclini a postdatare anche di parecchio questo possibile inizio — nella seconda metà dell'XI secolo; e ciò non tanto in relazione a vicende di carattere istituzionale, quanto perché è con la riforma gregoriana che si danno per la prima volta, nella storia medievale, le condizioni per immaginare un ordinamento perfettamente chiuso ed autosufficiente. La caratteristica saliente, in effetti, del medioevo prestatuale (del quale forse sarebbe stato utile che il libro fornisse quantomeno una sintetica immagine idealtipica d'insieme, per segnalarne poi le differenze rispetto al paesaggio successivo) consiste nell'assenza di qualsiasi potere di vertice definito. La Chiesa stessa, scrive il nostro autore citando lo storico statunitense Harold Berman, pur costituendo l'unico ordinamento consapevolmente organizzato di tutta la fase alto-medievale, « non era concepita come una struttura visibile, un ente giuridico che si opponesse all'autorità politica », quanto piuttosto come un « *populus christianus*, governato da autorità sia secolari che ecclesiastiche » (p. 49). Decisiva allora è l'idea, affiorata contestualmente al *Dictatus Papae*, che all'apice della comunità

universale dei fedeli si collochi un soggetto investito di un potere giudicante di ultima istanza, che giudica tutti e che da nessuno è giudicato. Vero e proprio atto di nascita della sovranità medievale, questo principio pone le condizioni di un generale processo emulativo da parte delle autorità secolari. Processo che, d'altra parte, s'incanala in una concezione non più (o non più del tutto) patrimonialistica del potere, quale quella che, di nuovo, aveva dominato incontrastata nel corso dell'alto medioevo. Quella stessa « rivoluzione papale », infatti, che aveva condotto a fare del Pontefice il titolare di un'autorità non derivata, aveva anche riservato in via esclusiva alla Chiesa il diritto di esprimersi sulla validità dei giuramenti: contribuendo così in modo decisivo a qualificare il re, legittimato appunto tramite il giuramento dell'incoronazione, come il responsabile verso Dio e il proprio popolo di un *officium* trascendente rispetto al potere di cui egli era personalmente titolare.

A sua volta, questa idea dell'*officium* monarchico si combina ora con una diffusa organizzazione del potere a base vassallatico-beneficiale ereditata anch'essa dal periodo precedente, ma che diviene, a quest'altezza, « un tassello fondamentale e necessario per l'affermazione del potere statale » (p. 73). Seguendo una tesi ormai ben collaudata, Blanco ritiene in effetti che i poteri feudali, « lungi dal rappresentare la causa della disgregazione del potere pubblico... si sono rivelati, nell'esperienza occidentale ... come il mezzo più efficace di delega, coordinamento e organizzazione del potere » (pp. 70-71); fino addirittura, citando Philip Genet, a riconoscere in essi « la radice stessa del processo genetico dello Stato moderno » (p. 74). Quest'ultimo trarrebbe quindi le sue origini dall'abbinamento dell'idea di un potere non derivato con una quotidiana pratica negoziale del potere, che avrebbe reso per sua natura resistibile (ovvero giuridicamente controllabile) ogni atto del principe da parte dei suoi clienti, immediati o mediati.

Va da sé quindi che il luogo tipico del radicamento dello Stato medievale è costituito dagli ordinamenti monarchici, come quelli in cui meglio si realizza, per riprendere la formula di Walter Ullmann, questo intreccio tra principio 'ascendente' e 'discendente' del potere pubblico nel quale si rinviene l'essenza stessa del fenomeno statale. Ed in effetti una parte consistente del nostro volume è dedicata proprio a ricostruire le vicende delle tre maggiori monarchie 'nazionali' europee — inglese, francese e spagnola — tra XII e XV secolo, comparandone in modo molto efficace i rispettivi tratti caratterizzanti ed accostando ad esse altre esperienze similari, come la monarchia normanno-sveva del mezzogiorno italiano o il caso del dominio temporale dello Stato della Chiesa, di cui, sulle orme di Prodi, si sottolinea il marcato dinamismo.

Al tempo stesso, però, — e siamo qui al punto di maggior originalità della nostra opera — Blanco sottolinea con forza come « la storia dell'organizzazione del potere statale in Europa non [possa] essere letta e interpretata dalla prospettiva esclusiva dei grandi Stati

monarchici » (p. 100). Fermarsi ad essi soltanto — come pure inducono a fare ad esempio le due principali ricerche collettive sul tema delle origini dello Stato coordinate da Philip Genet e da Wim Blockmans tra la fine anni degli Ottanta e i primi anni Novanta del Novecento — significherebbe continuare a lasciarsi condizionare ancora da quella « mitizzazione della forma monarchica di Stato » che gli storici hanno ereditato dal tardo XIX secolo e che ha a lungo condotto ad abbracciare una visione teleologica della intera vicenda. La prospettiva in cui muoversi è invece quella di uno spazio tardo-medievale molto eterogeneo dal punto di vista istituzionale e all'interno del quale si assiste alla messa in cantiere di una quantità di altri esperimenti funzionali alla produzione di ordine, di cui almeno alcuni sembravano poter contare inizialmente su prospettive di successo forse non meno rilevanti di quelle riservate al modello dello Stato territoriale a guida monarchica. Ad attrarre l'attenzione dell'autore è soprattutto il grande versante dell'Europa delle città — e segnatamente quella vasta « *urban belt* » che, congiunge l'Italia tosco-padana al Mare del Nord passando grosso modo attraverso le valli del Rodano e del Reno, e la cui decisiva rilevanza geopolitica è stata messa a suo tempo in valore da Stein Rokkan. Una grande area di ordinamenti cittadini, cioè, costituente il cuore pulsante dell'Europa medievale dal punto di vista tanto economico che culturale, eppure ben poco disposta a lasciarsi assorbire da una qualche monarchia centralizzata omologa a quelle caratteristiche della cosiddetta « prima periferia europea » delle quali si diceva un attimo fa. Estremamente gelose della loro « *libertas* » — quantomeno rispetto alle loro consorelle inglesi, francesi od iberiche, spinte dalla loro natura più commerciale che politica ad integrarsi facilmente all'interno di più vaste compagini statuali —, le città appartenenti a questa fascia si impegnarono invece a lungo nella ricerca di soluzioni di altro tipo, che tramite aggregazioni pluricittadine di varia natura permettesero di supplire alla loro fragilità conservando però intatta la propensione per l'autogoverno e la pratica delle virtù repubblicane. Una delle sezioni più stimolanti del nostro volume è proprio quella dedicata ad esplorare il ricco catalogo di patti associativi mediante i quali le città di cui parliamo hanno cercato, in diversi momenti del medioevo e talvolta con esiti positivi anche di lunga durata, di costruire stabili forme di coordinamento 'federativo' — dalla Lega lombarda a quella anseatica, dalle diverse alleanze di analogo tipo stipulate in area imperiale fino a quelle da cui sarebbe sorta più tardi (e in base a dinamiche che invero poco hanno a che vedere con la storia medievale) la Confederazione elvetica. Se certamente sarebbe improprio attendersi che tentativi come questi riuscissero ad esprimere una densità istituzionale solo lontanamente comparabile a quella di uno Stato territoriale, essi testimoniano però — ripetiamo — del grande polimorfismo delle forme istituzionali dell'Europa medievale: il cui catalogo viene arricchito ancora, nel nostro testo, dai riferimenti all'area tedesca, dove una struttura come

quella del Sacro Romano Impero ha continuato per secoli ad offrire l'esempio di un ordinamento manifestamente non-statale eppur capace di ordinare accettabilmente la convivenza di centinaia di soggetti autonomi distribuiti su una vastissima area geopolitica.

3. Giunto dunque al termine di una così articolata panoramica, l'autore del nostro volume può dichiararsi giustamente pago di aver dimostrato come il netto prevalere, già a fine Quattrocento, della forma statale su altri modelli di costruzione del legame politico non fu certamente un risultato scontato. « Molto frequentemente — egli scrive aprendo l'ultimo capitolo del suo lavoro —, guardando a ritroso i processi storici, si finisce per convincersi che gli esiti fossero già segnati sin dalle battute iniziali e che non vi fossero alternative, mentre invece nel concreto svolgersi degli avvenimenti queste ultime non solo erano presenti ma anche effettivamente praticabili » (p. 253).

Curiosamente, tuttavia, a restare almeno in parte sospese, nelle conclusioni del lavoro, sono proprio le ragioni profonde che hanno condotto a scartare quelle stesse alternative a favore di una soluzione statale che al termine del medioevo si è ormai imposta in modo abbastanza univoco anche in molti di quegli spazi europei che all'inizio si erano mostrati più riottosi ad aprirle le porte (e penso proprio alla nostra Italia centro-settentrionale, ora in gran parte riarticolata nella nuova forma di uno 'Stato regionale' succeduto alla sua primitiva costituzione cittadina). Le impegnative pagine finali dell'opera di Blanco, dedicate a ripensare criticamente la natura costituzionale di questa prima forma di Stato (forse già 'moderno', ma destinato a conservare fino a un momento di molto successivo una struttura 'antica', di segno plurale e pattizio), sono di grande interesse per lo storico del diritto, ma non rispondono, almeno in modo diretto, a quella che sembra essere invece la questione cruciale dell'opera — come mai, cioè, il così magmatico e polverizzato universo medievale si sia per dir così rassegnato, nell'arco di un periodo certo non breve, ma neppure lunghissimo, ad adottare una forma di strutturazione politica tanto lontana dai suoi originari caratteri genetici.

In parte, certo, la risposta a questo interrogativo può essere trovata proprio nel tipo di assetto costituzionale caratteristico degli Stati tardo-medievali europei — assetto che rimarrà sostanzialmente invariato fino alla cesura settecentesca e di cui il nostro libro tratta diffusamente nella sua ultima parte. Nati non per rimuovere o per novare i vari soggetti corporativi confluiti nel loro spazio di governo, ma semmai per difenderli dalle minacce esterne e per garantirli contro le possibili prevaricazioni dei loro immediati vicini, quegli Stati fanno propria una veste ufficiale almeno esteriormente molto conservatrice, che sembra promettere il mantenimento indefinito dello status quo preesistente alla loro nascita stessa. Subito dietro, però, a questa facciata tranquillizzante, riproposta ancora instancabilmente dal discorso giuridico di gran

parte dell'età moderna, sta una realtà ben diversa, marcata da una volontà di governo e da una spinta centralizzatrice che risulta comunque del tutto fuori scala rispetto alle coordinate del medioevo prestatuale. Per dar conto quindi del grande successo dell'impresa statale penso che sia inevitabile spostare l'attenzione dai suoi profili interni al modo sempre più aggressivo e spaventosamente efficiente con cui essa si è posta invece nei confronti dei propri avversari: sovrastandoli con la propria crescente potenza e costringendoli quindi o a farsi fagocitare o a assumere essi stessi l'iniziativa di costituire una nuova compagine territoriale capace di tenere testa a quelle preesistenti. Lo Stato, insomma, sembra funzionare come una istituzione autopropulsiva, che trova il suggello della sua fortuna e della sua diffusione non tanto nelle originarie vocazioni di chi se ne fa via via promotore, ma in una situazione obbiettiva, che non lascia altra scelta ai vari attori politici se non quella tra inghiottire o venire inghiottiti, cessare di esistere come soggetti indipendenti o darsi una veste statale per partecipare come competitori efficienti ad una gara dalla quale altrimenti si è esclusi in partenza (questa, com'è noto, è stata per esempio la dinamica trasparentissima che ha presieduto al processo di costruzione tre-quattrocentesco di due Stati territoriali italiani tra i più noti, quale quello fiorentino da un lato e soprattutto quello veneziano (il c.d. «Stado di Terraferma») dall'altro). Si tratta di un meccanismo elementare, certo, e da sempre arcinoto agli storici che si sono misurati con la dimensione geopolitica del problema delle origini dello Stato (basti per tutti, di nuovo, il riferimento a Rokkan). Forse è però una dinamica da cui anche chi si occupa di storia delle istituzioni può trarre ancora qualche utile insegnamento.

LUCA MANNORI

EDOARDO CHITI, *Il Diritto di una comunità comunicativa. Un'indagine sul Diritto amministrativo della Chiesa* (collana *Saggi di Diritto amministrativo*, n. 28), Milano, Giuffrè, 2019, pp. XV-243.

Si tratta dell'ultima fatica di Edoardo Chiti che da anni s'interessa al Diritto della Chiesa cattolica romana dal punto di vista del Diritto amministrativo comparato <sup>(1)</sup> uno dei rarissimi studiosi 'laici' a farlo e, proprio per questo, anche una voce che potrebbe facilmente risultare

---

<sup>(1)</sup> Cfr. E. CHITI, *L'amministrazione della Chiesa cattolica romana: un'introduzione*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, LIX (2009); E. CHITI, *The Administrative Law of the Roman Catholic Church. A Comparative Inquiry*, in NEW YORK UNIVERSITY

l'unica conosciuta nel contesto dottrinale *extra* canonico. Giova in tal senso osservare come l'attività dell'autore, che si occupa da anni della materia, possa essere (anche) contestualizzata all'interno del recente delinearci di un interessamento in qualche modo strutturale a dinamiche comparatistiche sensibili anche all'Ordinamento giuridico della Chiesa cattolica a livello amministrativistico <sup>(2)</sup>; attività alla quale l'autore stesso ha partecipato.

Per approcciare il volume di Chiti può essere utile notare che si tratta di un lavoro di ricerca che, come tale, offre all'autore una libertà solitamente non disponibile a chi scriva, invece, con finalità sostanzialmente didattiche o di Teoria generale, come avvenuto per la maggior parte delle pubblicazioni amministrativistiche canoniche, anche recenti, dello stesso Editore. Mentre, infatti, il docente deve rispondere innanzitutto all'utilità di coloro che vogliono accostare la materia, offrendo loro percorsi strutturati di apprendimento ed utilizzo della Disciplina, il ricercatore è libero di indirizzare il proprio interesse laddove lo porta (anche) il cuore. Questa stessa caratteristica caratterizza anche la platea dei possibili lettori e interlocutori coi quali l'autore finisce per (dover) confrontarsi: chi vuole apprendere ed utilizzare concetti, tecniche, operatività, oppure chi vuole acquisire nuovi dati e prospettive, oltre a verificare in modo più stringente le specifiche tematiche oggetto della ricerca.

Sempre dal punto di vista metodologico si deve pure prendere atto della lodevole scelta, per nulla scontata, di voler contestualizzare il discorso amministrativistico canonico all'interno di una prospettiva autenticamente teologica, così da giovare anche di una legittimazione di fondo per l'approccio proposto. Giustamente, infatti, molte cose possono capirsi solo dal 'di dentro'. Apprezzabile in merito anche la scelta di riferirsi ad uno dei maggiori ecclesiologi dell'ultimo mezzo secolo, la cui presenza in filigrana è costante, a partire dal titolo stesso del volume, che sceglie di approcciare la Chiesa essenzialmente come « Comunità comunicativa ». Una scelta non scontata dal punto di vista canonistico, sebbene comprensibile, sia per gli evidenti rapporti con Dianich (cfr. S. DIANICH, *Riforma della Chiesa e Ordinamento canonico*, [postfazione di E. CHITI], Bologna, 2008), che per i presupposti fortemente sociologici della prospettiva di fondo che Chiti utilizza, a partire da M. Weber, con

---

SCHOOL OF LAW, *Jean Monnet Working Paper*, 12/2010 (URL: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/10/101201.html>); E. CHITI, *Il Diritto amministrativo canonico e i Diritti amministrativi degli Ordinamenti contemporanei a regime amministrativo. Premesse per un'indagine comparata*, in M. DE BENEDETTO (cur.), *Il Diritto amministrativo tra Ordinamenti civili e Ordinamento canonico. Prospettive e limiti della comparazione*, Torino, 2016.

<sup>(2)</sup> Cfr. M. DE BENEDETTO (cur.), *Visite canoniche e Ispezioni. Un confronto*, Torino, 2019.

riferimenti (non fondativi) ad Apel ed Habermans. In quest'ottica presentare la Chiesa cattolica non dal punto di vista dell'Istituzione governamentale (alla Foucault, per intenderci) ma come comunità loquente e dialogante costituisce non solo un'assoluta novità rispetto ai paradigmi canonistici dominanti, ma sembrerebbe anche avvicinarsi alle recenti prospettive canonistiche più attente alla costitutiva (e costituzionale) missionarietà della Chiesa, voluta da Cristo per portare il 'suo' Annuncio.

Al canonista il volume offre un certo numero di sollecitazioni sia dal punto di vista della documentazione storica e teoretica addotta (spesso sottovalutata in dottrina) sia, maggiormente, per la pregnanza di alcune formulazioni tanto espressive quanto insolite, soprattutto a causa della tendenziale ripetitività del vocabolario canonistico 'ecclesiastico' che, spesso, non permette di esprimere e far intuire le idee sottostanti.

È così per l'affermazione che «l'architettura ideale del Diritto amministrativo canonico» si allontana «dalla disciplina del 'potere amministrativo' intorno alla quale convergono i Diritti amministrativi degli Ordinamenti statali e ultrastatali» (p. 212): «il Diritto amministrativo canonico, infatti, non può essere inteso [...] nei termini di una specifica declinazione della disciplina del 'potere amministrativo'», poiché esso

dà vita a un disegno qualitativamente diverso, che utilizza la tenuta delle relazioni sociali, animate, nell'autopercezione dei soggetti in esse coinvolte, da una forza trascendente, incentrate sulla fiducia reciproca e capaci di sostenere l'adempimento di obblighi giuridici anche in assenza di sanzioni formali o incentivi economici, funzionali o reputazionali. Sfugge, cioè, alla logica della costituzione e del controllo del potere, per sfruttare, invece, la forza e le potenzialità delle relazioni interpersonali (p. 225).

Allo stesso modo vanno apprezzate varie sottolineature e consapevolezza, prima tra tutte quella secondo cui: «sono i caratteri della missione della Chiesa a determinare le peculiarità del Diritto amministrativo canonico» (p. 16); in tal modo:

L'organizzazione ecclesiastica è chiamata a svolgere un'azione costante e sistematica che renda possibile la realizzazione della missione della perpetuazione della memoria di fede di Cristo. Siamo lontani, dunque, dal paradigma giustiziale che ha caratterizzato a lungo l'Ordinamento canonico, con il suo ancoraggio a un ordine dato, a un assetto sempre uguale a sé stesso, che le Autorità ecclesiastiche devono allo stesso tempo decifrare e difendere (p. 43).

Valida si mostra pure, sebbene poi espressamente rifiutata a livello di conclusioni, l'illustrazione delle componenti ed interazioni storiche del Diritto amministrativo canonico già dal Medioevo, fino al

suo miglior riconoscimento già dagli esiti del XVIII secolo, in 'armonia' con quanto delineatosi nella seconda Modernità giuridica continentale.

Non vi è dubbio che l'Ordinamento della Chiesa abbia sviluppato, nel corso del Medioevo, un'imponente organizzazione. Questa organizzazione, però, non ha i tratti funzionali dell'Amministrazione: non è chiamata a svolgere un'attività amministrativa in senso moderno, orientata all'attuazione dei programmi politici attraverso i quali l'Ordinamento definisce e persegue i propri fini. Svolge, piuttosto, un'attività che adatta alle specifiche caratteristiche dell'Ordinamento canonico alcuni tratti caratteristici dell'ordine giuridico medievale laico e che può essere definita di *iurisdictio*. La funzione essenziale dei vari apparati ecclesiastici, infatti, consiste nel perseguire la salvezza dei singoli attraverso l'adozione di misure che si fondano su un patrimonio giuridico iscritto nella realtà empirica, piuttosto che prodotto da una scelta politica (p. 39).

Le attività dell'organizzazione ecclesiastica restano all'interno dello schema concettuale della *iurisdictio*, nel quale le funzioni pubbliche sono indistinte e comunque dominate dal 'giudicare'. Ciò impedisce di individuare nel Diritto canonico dell'epoca una componente propriamente amministrativa. Il Diritto canonico, anche nei suoi principi e regole che disciplinano l'attività delle organizzazioni ecclesiastiche, si presenta come il Diritto di un Ordinamento giuridico essenzialmente giustiziale, non diversamente da quanto avviene per i sistemi giuridici degli Stati europei dell'epoca (p. 40).

Anche nell'Ordinamento canonico, al pari di molti altri Ordinamenti giuridici dell'Età contemporanea, è possibile rinvenire i contorni generalissimi di quel fenomeno amministrativo che si è sviluppato a partire dalla fine del Settecento nell'esperienza giuridica dello Stato moderno in Europa e che ha assunto, nel tempo e nello spazio, una pluralità di forme e di caratteri, sino alle evoluzioni degli ultimi due decenni, che lasciano prefigurare, secondo le ricostruzioni più sensibili ai processi di trasformazione, lo sviluppo di un *new administrative law* (p. 6-7).

La discontinuità tra le osservazioni fattuali e le conclusioni che si vogliono proporre al termine del cammino di vera « ri-costruzione » dell'Ordinamento canonico come tale va cercata nel singolare « presupposto dal quale muove la ricerca » come tale, essendo l'autore profondamente convinto che:

la Chiesa contemporanea non rappresenti solo un fatto sociale, istituzionale e giuridico, ma anche un 'potere politico'. [...] Nella sua configurazione attuale, tuttavia, la Chiesa rappresenta anche un potere politico, un Ordinamento, cioè, dotato di un apparato istituzionale capace di produrre comandi e di richiedere vera e propria obbedienza ai consociati, in virtù di meccanismi di legittimazione della propria autorità. La dimensione politica della Chiesa, beninteso, non sminuisce quella sociale, che sta al centro dell'esperienza ecclesiale e della sua vicenda storica (pp. 11-12).

È questa prospettiva espressamente 'politica' infatti che orienta ed indirizza la maggior parte della trattazione nella chiara ed espresa volontà di cogliere alla radice dell'attuale Diritto amministrativo della

Chiesa cattolica un esplicito ed unitario « progetto politico » da realizzare: esattamente come si ritiene avvenga a livello civilistico.

Proprio a questo proposito, tuttavia, l'assenso del canonista si fa problematico: innanzi alla definizione di Diritto amministrativo canonico come « progetto regolatorio » (pp. 16; 51; 218 *et passim*) destinato a dar corso esecutivo al Concilio Vaticano II. Per l'autore, infatti, il Diritto amministrativo canonico

si presenta come un vero e proprio progetto regolatorio il cui scopo essenziale è quello di permettere la piena ed efficace realizzazione della missione ecclesiastica attraverso una organizzazione qualificata, in un nesso di stretta dipendenza funzionale tra il sistema giuridico e la Teologia del Concilio Vaticano II (p. 51).

Il Diritto amministrativo canonico, anzitutto, si presenta come un vero e proprio progetto regolatorio. Come ogni altra componente del sistema del Diritto canonico, è chiamato a operare in modo strumentale alla realizzazione della missione fondamentale della Chiesa: è in quest'ultima che trova la propria ragion d'essere e il proprio principio ordinante. Lo scopo essenziale del Diritto amministrativo canonico, in altri termini, è quello di permettere la realizzazione della missione ecclesiastica attraverso una organizzazione qualificata, nel quadro di un disegno che pone il sistema giuridico al servizio della Teologia del Concilio Vaticano II (p. 218).

Come anticipato: l'autore è fermamente convinto, imputando però tale idea all'attuale Scienza del Diritto canonico (*sic!*), che « nella riforma conciliare e nella sua traduzione nel nuovo Codice » vada individuato

il momento della nascita di una componente amministrativa nel sistema giuridico della Chiesa. La riforma conciliare e quella giuridica, in particolare, avrebbero aperto la strada al Diritto amministrativo canonico prevedendo una funzione esecutiva all'interno dell'Ordinamento della Chiesa. E il Diritto amministrativo canonico troverebbe in tale funzione il proprio oggetto principale (p. 217).

La struttura ecclesiastica, da questo punto di vista, può essere rappresentata nei termini di un'organizzazione pressoché interamente amministrativa la quale, a vari livelli e attraverso l'esercizio di attribuzioni diverse, che possono tradursi anche nell'adozione di atti generali, dà attuazione alla specifica missione della Chiesa, consistente nella comunicazione di una memoria storica e di fede.

Il disegno conciliare, insomma, fa emergere, nell'Ordinamento canonico, una funzione amministrativa. Ma lo sviluppo di tale funzione non è il risultato di una sua graduale differenziazione e autonomizzazione da altre funzioni pubbliche. È il frutto, piuttosto, di un processo di amministrativizzazione delle attività delle Istituzioni ecclesiastiche. Nel delineare i caratteri della missione della Chiesa, il Concilio Vaticano II ridefinisce in termini amministrativi la maggior parte dei compiti dell'organizzazione ecclesiastica (p. 44).

È questa, tuttavia, una prospettiva che difficilmente potrebbe trovare condivisione da parte del canonista, indipendentemente dall'indirizzo teoretico e fondazionale seguito. Non pare infatti evitabile la constatazione di trovarsi innanzi non tanto ad una « ricostruzione » ordinamentale (in chiave « funzionale »), come più volte la presenta l'autore, quanto invece al cospetto di una nuova costruzione *ex nihilo*, senza precedenti nella Canonistica né reali appoggi nell'Ordinamento. Quanto delineato, infatti, assomiglia più all'applicazione di un 'assioma' autopoietico che ad una ri-costruzione, sia del concreto vissuto ecclesiale, sia della Normativa canonica, sia dei suoi presupposti consapevolmente espressi dallo stesso Vaticano II e dai « principi » che ne hanno (parzialmente) guidato la citata trasfusione normativa nel Codice del 1983. Basti pensare al principio settimo della revisione, dal quale la dottrina canonistica post-conciliare deriva unanimemente la maggior parte del Diritto amministrativo canonico con la sua tutela dei diritti dei fedeli, la distinzione delle funzioni di governo (legislativa, esecutiva e giudiziale), la irrealizzata creazione dei Tribunali amministrativi locali... tutto finalizzato all'esclusione di qualunque possibile arbitrarietà nel governo ecclesiale. Ciò unitamente alla necessaria separazione tra foro interno e foro esterno (principio secondo) e alla natura « giuridica » (anziché morale) del Codice canonico (principio primo).

Va collocata a questo livello di problematicità strutturale anche la scelta, assolutamente originale, di 'analizzare' (solo) quattro ambiti della vita e Normativa ecclesiale, ritenuti maggiormente rispondenti al percorso intrapreso: i Sacramenti della Penitenza (cap. sesto) e dell'Eucaristia (cap. settimo), l'amministrazione dei beni ecclesiastici (cap. ottavo) e l'evangelizzazione dei non cristiani (cap. nono). Tematiche pressoché sconosciute — come tali — alle trattazioni di Diritto amministrativo canonico (eccezion fatta per i beni ecclesiastici). Non meno 'proprietaria' è anche la sostanziale chiave di lettura dei sopraddetti ambiti di vita ecclesiale: la loro « comunicatività » che si realizza attraverso il dialogo, la sinodalità.

La scelta, però, non è arbitraria. Queste quattro attività mostrano come tutte le principali funzioni nel cui esercizio l'Ecclesiologia conciliare coinvolge l'organizzazione ecclesiastica ai fini dell'attuazione della missione fondamentale della Chiesa implicino lo svolgimento di processi comunicativi (p. 82).

Non per nulla emerge con costanza lungo il testo l'evidente insoddisfazione per l'incompiutezza (cfr. p. 71), i « vuoti » (cfr. p. 109), la frammentarietà (cfr. p. 125) e la sostanziale inefficacia del Diritto amministrativo canonico effettivamente *in acto* rispetto a quello *in mente*: purtroppo l'approccio funzionale e contestuale che l'autore si propone e professa di utilizzare si trasforma ben presto in un vero slancio idealistico che non riesce a trascinare con sé una realtà tanto

‘pesante’ e ‘lenta’ qual è la Chiesa cattolica nella sua concreta operatività istituzionale.

Rimane salva la quasi-conclusione del capitolo introduttivo, secondo la quale: «Non si tratta tanto di proporre ipotesi compiute, quanto piuttosto di formulare domande di ricerca utili a orientare l’opera di esplorazione e di ricostruzione dei mutamenti dei Diritti amministrativi dei sistemi occidentali, statali e ultrastatali» (p. 15), dai quali l’autore ha lodevolmente scelto di non escludere quello canonico.

PAOLO GHERRI

MARY GIBSON, *Italian prisons in the age of Positivism, 1861-1914*, Bloomsbury, 2019.

L’ampia ricerca di Mary Gibson poggia su una ricchissima documentazione archivistica, in larga parte inedita; studia le carte dell’Archivio centrale dello Stato, di quello di Roma, di quelle dell’arcipelago di istituzioni di pena e custodia, in un arco cronologico più ampio dell’età del positivismo, che è indicato come tratto individuante del sistema carcerario dell’Italia liberale. Il volume mette in luce prigionieri ‘dal vivo’, anche col dar voce a detenuti, detenute, operatori; si avvale inoltre di un uso accorto delle statistiche — ‘scoperte’ anche in Italia proprio nell’Ottocento — e della ‘pubblicistica di settore’, soprattutto l’*Archivio* di Cesare Lombroso e la *Rivista di discipline carcerarie* di Martino Beltrani Scalia, protagonista dell’organizzazione penitenziaria italiana come direttore generale delle carceri tra il 1879 e il 1898. *Italian prisons* è dunque un libro che coniuga la storia di un «network» di stabilimenti, irriducibili a uniformità, con quella sociale, giuridica, istituzionale. Aggiunge un contributo importante all’imponente bibliografia, che Mary Gibson ripercorre e ‘storizza’, dalle pionieristiche ricerche negli anni Settanta — G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d’Italia*, Torino, V/2, 1973 — allo sguardo ‘sociologico’ di D. MELOSSI e PAVARINI, *Carcere e fabbrica. La nascita del sistema penitenziario*, Bologna, 1981, già curatori di G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, 1975, e di E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 1997; alla sintesi di R. CANOSA, I. COLONNELLO, *Storia del carcere in Italia dal Cinquecento all’Unità*, Roma, 2000. In questi ed altri ormai numerosi scritti l’afflittività è parso elemento costitutivo e permanente del sistema penitenziario italiano, impermeabile alle tensioni per i trattamenti differenziati — T. PADOVANI, *L’utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981 — ai cambi di regime — C. DE VITO, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia dal 1943 al 2007*, Roma Bari, 2008 — connotato

dalla violenza ‘senza tempo’ delle istituzioni, dal caso D’Angelo alle immagini indimenticabili del minorenne Ettore sul letto di contenzione in *Mamma Roma* di Pasolini, ricordati nelle appassionate pagine di M. DA PASSANO, *Il delitto di Regina coeli*, in « storia@diritto », 2005. In questo pur realistico scenario la ricerca di Mary Gibson introduce un elemento di complicazione, scegliendo di studiare il carcerario nell’età del positivismo, che, proprio in questo settore del penale, lascia un’impronta ‘di successo’; *Italian Prisons* sembra concludere che, per l’Italia liberale, la ‘tradizionale’ rappresentazione di una realtà penitenziaria stagnante, provinciale, uniformemente violenta non è ‘sbagliata’, ma è troppo ‘semplicistica’ (p. 240).

Nel libro l’intreccio *History of crime, deviance and punishment* mette in scena una *criminal justice* come storia costituzionale, dal momento che le origini e sviluppo del sistema carcerario italiano sono legate al processo di *State building*, come ha notato la recensione di L. LACCHÈ, Mary Gibson, *Italian Prisons in the Age of Positivism, 1861-1914*, in « Journal of Constitutional History. Giornale di Storia Costituzionale », 2020, p. 333. L’autrice approfondisce in particolare i temi della *citizenship* e dei « *rights* » dei detenuti e detenute; al proposito sostiene che donne e minori sono stati destinatari di un « *negative right* », in tema di uguaglianza di fronte alla legge penale ed all’accesso ad una pena secolarizzata. A questo proposito si può osservare che, nell’arco cronologico studiato, il nesso tra carcere e diritti dei detenuti e (detenute) alla rieducazione/riabilitazione — « *rehabilitation* », (p. 94) — non sembra posto, almeno nei termini tensivi della Costituzione italiana. Nell’Italia liberale, segnatamente nell’età di Crispi, nel diritto penitenziario non sembrava rilevare la persona, destinataria della pena o della misura *praeter delictum*; l’esecuzione penale era pensata come profilo dell’« azione sociale dello Stato », paradigma diverso dalle istanze poste dal dibattito alla Costituente, poi approdato all’art. 27. Un conto è cambiare la concezione della pena, un conto il carcere, ma questa è un’altra storia; del resto anche la Carta del 1948 sembra mostrare la complessità di diritti da riconoscere alla *persona*, o ai *cives* o ai *captivi*, come sostiene G. CHIOLA, *Il sistema carcerario italiano. Profili costituzionali*, Torino, 2020. Il carcere non è insomma un ‘luogo dell’anima’ — come prima illustrazione Mary Gibson sceglie quella ‘iconica’ di Giovanni Battista Piranesi — piuttosto uno spazio anche simbolico di oppressione; *Italian Prisons* ne indica un profilo particolare, l’esser sede di un ‘genere letterario’ importante, che parla alla società italiana nei diversi regimi politici, dalle pagine di Casanova, a quelle di Pellico, Turati, Gramsci; C. KLOPP, *Sentences: the Memories and letters of Italian political prisoners from Benvenuto Cellini to Aldo Moro*, Toronto, 1999 ha inserito in questo novero le lettere scritte da Moro nel carcere delle Brigate rosse.

Un profilo rilevante di *Italian Prisons*: l’opportuno spazio riservato alla dimensione giuridica, non sempre frequente negli studi sul

‘carcerario’; in un felice connubio *law in books, law in action* il libro passa in rassegna il tanto atteso codice penale Zanardelli del 1889, la quasi contestuale legge di pubblica sicurezza, il Regolamento penitenziario del 1891, ma anche il codice civile del 1865, che definisce lo *status* di uomini, donne e minori, relevantissimo — come si mostra ampiamente — per la scelta delle istituzioni deputate alla privazione della libertà personale dei vari soggetti. Anche il pensiero dei penalisti è ricostruito nella varietà di temi-problemi affrontati da professori ed avvocati, fuori del ‘canone tralatizio’ delle ‘Scuole’, secondo una prospettiva a suo tempo indicata da M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma Bari, 1990, pp. 147-232; al proposito Mary Gibson non condivide l’equiparazione tra ‘classici’ e ‘positivisti’, ascritta a P. GARFINKEL, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge, 2016, pp. 9-10, (p. 255). L’attenta ricostruzione delle ideologie penalistiche è ricompresa nella prassi carceraria; il volume illustra il numero, le condizioni sociali, i reati commessi dai reclusi e delle reclusi, il trattamento riservato ai ‘pericolosi’. Considera inoltre il ruolo degli operatori penitenziari — dal vertice amministrativo a Roma ai singoli stabilimenti — e, dove presenti, degli educatori, secondo il fecondo approccio di *Carceri, carcerieri, carcerati*, a cura di L. Antonielli, Soveria Mannelli, 2006; e G. NEPPI MODONA, *Quali detenuti per quali reati nel carcere dell’Italia liberale*, in *Cesare Lombroso cento anni dopo*, a cura di S. Montaldo e P. Trappero, Torino, 2009, pp. 83-97.

In un’ampia ottica comparativa — con l’Italia importante *case study* — Mary Gibson introduce un elemento di complicazione nello snodo messo in scena nel 1975 dal « *brilliant book* » di Michel Foucault, *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Paris, 1975. Se il modello foucaultiano colloca tra la fine del Settecento e l’inizio dell’Ottocento il passaggio dallo ‘splendore dei supplizi’ alle celle, Gibson mostra che l’ideale della ‘bonifica umana’ attraverso il lavoro è ben più risalente, in una continuità dalle forme premoderne di segregazione alle filiere penitenziarie seicentesche. Il dato era stato a suo tempo segnalato anche da P. SPIERENBURG, *The Prisons Experience. Disciplinary Institutions and their inmates in Early modern Europe*, New York, 1991; Mary Gibson in particolare sottolinea che la cultura cattolica della pena medicinale è stata un formante decisivo dell’istituzione, non scalzata da quello illuministico e poi ‘lombrosiano’ — ripercorsi nel volume — che si aggiungono ‘strato su strato’, senza un evidente *turning point*. Irriducibili a mero luogo di punizione, le celle dei monasteri proteggono i marginali; il libro dedica particolare attenzione alle istituzioni a Roma — esplorando anche gli spazi architettonici di Castel Sant’Angelo, San Michele, la nuova *Regina coeli* — considerate un ‘laboratorio’, che precocemente anticipa la prospettiva nazionale, la separazione tra uomini adulti, donne e giovani, tra i caratteri originari e permanenti del

carcere nell'Italia tra Otto e Novecento. In questo orizzonte il sistema penitenziario tra il 1861 e il 1914 appare come uno tra i banchi di prova del complesso rapporto tra lo Stato, che si vuole secolarizzato attraverso 'suoi' istituti di custodia e pena, e la Chiesa, col modello penitenziale di lunga durata anche dopo il 1870. Anche per questo nodo la vita negli stabilimenti di custodia e pena — che il libro ben restituisce — appare un 'ibrido', sorta di *Italian style* tra modello auburniano e filadelfiano, basato sui saperi del positivismo — in campo criminologico, medico, psichiatrico, antropologico, statistico — prevalenti nella cultura degli operatori, 'incorporati' nei principi della Chiesa — *l'ora et labora* — e dell'Illuminismo, anche quando era centrale il progetto di costruzione di un « *new liberal State and secular national identity* » (p. 4). Il modello di « *convent prison* » per donne e minori, amministrato da vari Ordini cattolici, anche nei decenni successivi all'Unità sembra far sfumare i confini tra istituzioni pubbliche e private (p. 239).

Dopo il cap. I, dedicato alle istituzioni preunitarie — centrali le 'filiere' ad ampio spettro della carità di Roma — il II tematizza una *rivoluzione* fallita, dopo le aspettative del Risorgimento; sembra fallire anche la *riforma* — parola chiave — intesa dai protagonisti della legislazione e del dibattito culturale nei termini 'positivisti' di un progresso lineare. *Italian Prisons* mostra che la critica radicale delle prigioni riservate ai politici, pochi, di ceto ed istruzione elevata — tema studiato anche da E. BACCHIN, *Political prisoners of the Italian Mezzogiorno: a transnational question of Nineteenth Century*, in « *European History Quarterly* », 2020 — era tra i motivi della vittoria del liberalismo sulla monarchia assoluta, condizione necessaria ma non sufficiente per inaugurare il 'penitenziario moderno'. A questo proposito Mary Gibson sembra individuare una modernità *progressiva* nel gran tema dell'individualizzazione della pena, colta in una dimensione costituzionale da M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2013. Anche *Italian Prisons* tematizza una « *full citizenship in liberal Italy* », negata al genere femminile anche dal sistema penitenziario; mette in conto la mancata individualizzazione della pena — anche attraverso le tanto progettate istituzioni non segreganti — alle 'sempreverdi' ragioni di bilancio ed alle tante anime del processo risorgimentale, incerte sulla scelta dell'esecuzione penale nazionale. Nella questione carceraria pesava inoltre un fattore 'territoriale'; l'Italia unita ereditava gli stabilimenti preunitari, a loro volta assai risalenti. Al proposito Mary Gibson osserva che un sistema penitenziario uniforme poteva contribuire al 'fare gli Italiani' attraverso il concreto lavoro dei dirigenti dell'amministrazione dell'Interno, più che dei dibattiti in Parlamento e della stessa legislazione.

Del codice Zanardelli *Italian Prisons* considera in particolare il beneficio riservato agli uomini, con l'abolizione dei bagni penali; del Regolamento del 1891 mette in luce la previsione del trattamento differenziato — penitenziario e riformatorio — e della buona condotta

per accedere ai benefici, pur nella persistenza di disposizioni ‘non particolarmente umanitarie’, in risposta a generiche ‘cattive condotte’ dei detenuti. Il Capitolo III ricomprende questo dilemma nell’età di Crispi, in cui un ambiguo ‘sociale’ viene declinato da Lombroso, Ferri, Garofalo nei termini della *difesa sociale*, cuore vitale del diritto di punire. Soprattutto risalta l’importanza dell’architetto del sistema, Martino Beltrani Scalia, che, tra l’altro, porta l’Italia nella Associazione penitenziaria internazionale. La sua Rivista persona, interdisciplinare, dal 1871 mette al centro punire e ‘riformare’ « l’uomo colpevole », altro dal lombrosiano « uomo delinquente ». Anche grazie a Beltrani Scalia, in assenza di una legge generale sulle istituzioni deputate ai delinquenti pazzi, sono i decreti del ministero dell’interno ad istituire il manicomio criminale ad Aversa (1876), Montelupo fiorentino (1886), Reggio Emilia (1897). Il libro mostra poi che in età giolittiana il successore di Beltrani Scalia, Alessandro Doria, ispira la nascita di istituti quali la libertà condizionata, entro un codice penale impermeabile ai ‘sostitutivi’ di Ferri ed all’idea di pena indeterminata, seppur aperto ad amnistie e indulti, frequentissime nella storia della giustizia. Nasce pertanto dal diritto dell’esecuzione penale la ‘individualizzazione possibile’, con l’abolizione delle catene, degli strumenti di contenzione, l’accento sulla riabilitazione nel Regolamento del 1904 e soprattutto con l’istituzione dei Riformatori giovanili maschili. Il volume conclude che alla vigilia della Grande guerra Beltrani Scalia e Doria avevano innescato un processo che faceva della riabilitazione l’obiettivo delle istituzioni per uomini e ragazzi, mentre le politiche e il dibattito pubblico non affrontavano il trattamento di donne e ragazze. La cultura positivista di direttori di carceri, pubblici ministeri, giudici, periti sembra più radicata in Italia che altrove, anche se qui la ‘nascita della prigione’ ha percorsi differenti per uomini, donne e minori.

Il cap. IV di *Italian Prisons* può essere letto infatti anche come importante esempio di storia di genere, cui Mary Gibson aveva già contribuito con *Stato e prostituzione in Italia*, Milano 1995. Una sorta di monografia, *Women and the Convent prison*, mostra la condizione della donna nel codice civile del 1865 — con l’istituto dell’autorizzazione maritale — nel codice penale del 1889, con le sue disparità di genere in tema di adulterio, la previsione ambigua dell’onore come attenuante nell’infanticidio ed aborto. L’autrice osserva che il Regolamento del 1891 si limita a pochi articoli relativi a speciali convenzioni con istituti religiosi; argomenta che l’*infirmetas sexus* deve ricevere una generale ‘purificazione’, demandata alla Chiesa. *Italian Prisons* mostra dunque che, dall’Unità a Roma Capitale alla Grande guerra, uomini e ragazzi ricevevano un trattamento di ‘cittadinanza secolarizzata’; donne e ragazze erano invece confinate — ‘non cittadine’ — in stabilimenti gestiti dalle suore, ancora una ‘onda lunga’ della disciplina e protezione cattolica, esemplari Villa Altieri, le Mantellate. Di grande interesse le pagine riservate alle proposte del movimento femminile ai primi del

Novecento, con la modernizzazione come istanza politica di cittadinanza, che naufraga con la guerra, il fascismo, per ripresentarsi negli anni Settanta. Il Cap. VI, *Men: from Chains to the Penitentiary*, segue il percorso dalla chiusura dei bagni nel codice Zanardelli, che non segna la scomparsa dei ferri, all'eliminazione dei lavori forzati nel Regolamento del 1891 e nella prassi. Considera il dibattito sulle colonie agricole e sul lavoro dei condannati all'aperto e l'organizzazione delle prigioni maschili in Roma, in particolare le Tre Fontane e Regina Coeli, e nella dimensione nazionale. Conclude con il tema dei 'diritti dei condannati' — intesi nei termini tensivi di una « *rehabilitation* » — pensati da un positivismo criminologico che produce una rigida categorizzazione dell'umanità, sana o degenerata, quest'ultima 'cittadinanza di riserva' (p. 161). Il cap. VI, *Juvenile Reformatories between State anche Charity*, rileva che la parola d'ordine del 'salvare il bambino' in Italia entra dalle porte della repressione della ribellione — con *Le avventure di Pinocchio* libro di formazione e identità nazionale — oltre che della delinquenza. *Italian Prisons* esamina la disciplina per i minori nel codice civile — cruciale il tema dei poteri del padre — in quello penale — rilevante il problema dell'età del discernimento — nel Regolamento del 1891, nella legge sulla messa in prova del minore, che fu detta 'del perdono'. Si pone in questi anni il tema di una 'giustizia paterna', con giudici specializzati esperti nei saperi 'minorili', in una progettazione approdata al Tribunale dei minori nel 1934. *Italian Prisons* ci porta dunque dentro la vita materiale negli stabilimenti per ragazzi e ragazze in Roma, vocati a 'formare' paternalisticamente i corrigendi a seconda del loro posto 'normale' nella società, come nel celebre libro *Cuore*. In questo settore dell'esecuzione penale risaltano teorie e pratiche del reinserimento del minore 'corretto', con l'attivismo umanitario di Patronati, Opere pie ed emancipazioniste quali Lucy Bartlett.

Nella pur ampia bibliografia sulle istituzioni totali il volume è particolarmente innovativo anche per riconsiderare la risalente nota opera di E. GOFFMANN, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmate*, New York, 1961. Il cap. VII, *Prisons on the Margins: Police camps and Criminal Insane Asylums*, ed il cap. VIII, *Laboratories of Criminal Anthropology* costituiscono una sorta di monografia sulle teorie e sulle pratiche di Lombroso, cui Mary Gibson aveva già riservato studi importanti, tradotti in italiano, *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano 2004, con l'alienista veronese irriducibile a 'misuratore di crani'. Anche *Italian Prisons* rintraccia il lascito teorico-pratico dell'intellettuale italiano più conosciuto all'epoca nella cultura e nelle istituzioni europee e d'oltreoceano. Nel variegato « *Italian network of incarceration* » le misure *praeter delictum* sono considerate come il prodotto più evidente del positivismo criminologico, nel guardare ai sospetti, ai pericolosi per l'ordine sociale, alla prevenzione come strumento d'ele-

zione della difesa sociale, in un campo di tensione con il principio di stretta legalità, architrave della codificazione. In particolare il domicilio coatto — ‘specialità italiana’, anche per introdurre nel sistema i mafiosi — e il manicomio criminale — che, almeno sul piano teorico, doveva coniugare reclusione e cura — sono studiati nella legislazione, nel dibattito tra giuristi ed operatori del settore — significativa la vicenda della deportazione nelle colonie — nelle condizioni di vita materiale dei diversi luoghi preposti alla privazione della libertà personale di condannati in via amministrativa o semplici *disturbers*. Mary Gibson osserva che il domicilio coatto, senza pretesa di riabilitazione, richiamava i tratti della giustizia di antico regime, e che le istituzioni manicomiali — sede di conflitto tra sapere giuridico e medico — avevano invece i tratti di una paternalistica riabilitazione, almeno in teoria; accenna al fatto che, con significativi tratti differenziali rispetto alla lezione positivista, il codice Rocco avrebbe disciplinato le misure di sicurezza. Al proposito la recensione di F. BENIGNO, *Italian Prisons in the Age of Positivism...*, in « Modern Italy », 2020, sottolinea la necessità di più ampie considerazioni su questi istituti *praeter delictum* per poveri, vagabondi, insani, prostitute, a vario titolo pericolosi (p. 2)

*Italian Prisons* mostra inoltre che i medici ‘ispirati’ da Lombroso entrano nelle prigioni, con l’antropometria, la fotografie, le impronte digitali, e che la conoscenza della « *true nature of the criminal* » si forma nel carcere. Tra i laboratori uno spazio particolare è riservato al lavoro di Salvatore Ottolenghi a Regina Coeli, ‘gioiello nella corona delle prigioni italiane’, con la Scuola di polizia scientifica e la Collezione di informazioni sul crimine, modellato sul celebre Museo del maestro Lombroso a Torino, (pp. 226, 231-4). Quanto all’esito del « *positive project* » Mary Gibson ne coglie il fallimento, se si guarda ad una radicale riforma globale, mancata per ovvi problemi di finanza — non così negli Stati Uniti — ma anche per motivi ‘teorici’, a mio avviso l’impossibilità per l’Italia liberale a collocare il principio dell’individuazione del trattamento oltre quello di stretta legalità. Del resto, archiviato il *Progetto* Ferri del 1921, il legislatore non sarebbe stato disposto ad affidare il destino dei reclusi alla pena indeterminata, o determinata dagli operatori, forti dei saperi del positivismo criminologico. Il ‘mancato incontro’ tra diritto e psichiatria aveva per banco di prova la perizia nel processo penale; ma una certa incomunicabilità segnava anche la fase dell’esecuzione. Il volume si chiude con una densa riflessione sulle ‘tradizionali’ categorie storiografiche continuità/discontinuità; lo sforzo dell’Italia liberale per un sistema di *moderna* mediazione tra ordine e libertà sembra trovare un ‘archetipo’ nelle pratiche del diciassettesimo secolo, in particolare nel « *convent prison* » per donne e minori. Il volume valorizza comunque certi indubbi segnali di cambiamento, che conoscono una accelerazione nei venticinque anni precedenti la Grande guerra, soprattutto grazie alla ‘sprovvincializzazione’ del sistema penitenziario ad opera di Beltrani Scalia e Doria.

Oltre il dato della legislazione, risalta quello 'strutturale' di una disomogeneità del carcerario, di genere, geografia, cronologia, polarità Stato-Chiesa cattolica. Luogo di nascita di Lombroso, l'Italia sembra la culla di un riformismo applicato appieno altrove; Mary Gibson conclude che quell'approccio da un lato portò un progresso nelle « *conditions and rights of prisoners* », dall'altro espresse un potenziale di repressione adeguato alla successiva « *fascist dictatorship* ». Ma la storia delle prigioni non è scandita dalla storia politica; tra continuità e discontinuità la categoria storiografica della transizione sembra meglio fotografare la realtà di un *network* italiano di istituzioni preposte alla privazione della libertà personale, della non lineare « *long Italian transition from corporal punishment to the prison* » (p. 239).

FLORIANA COLAO

GIULIANO MARCHETTO, *Scienza giuridica quattrocentesca. Itinerari di ricerca*, prefazione di Diego Quaglioni, Foligno, Il Formichiere, 2019, pp. 128.

In un passo del suo *Elogio della follia* (1509), Erasmo da Rotterdam scrive:

Fra gli eruditi i giuristi rivendicano senz'altro per sé il primo posto e nessun altro riesce ad essere compiaciuto di sé come loro mentre rotolano assiduamente il macigno di Sisifo e mettono insieme seicento leggi senza prendere fiato — la pertinenza alla causa è l'ultima cosa che importa — e ammucchiando glosse su glosse, opinioni su opinioni, fanno sembrare quella disciplina la più difficile di tutte. Infatti credono che tutto ciò che costa fatica sia senz'altro nobile e meritorio.

Gli fa eco, nel febbraio del 1536, Andrea Alciato, che, da uno Studio pavese deserto a causa della guerra, confida all'amico e collega Bonifacio Amerbach di dover rivoltare su e giù il sasso di Sisifo e di lottare con Bartolo e Baldo alla presenza di un pubblico sparuto e distratto.

Il mito greco di Sisifo è la chiave metaforica di lettura che Diego Quaglioni evoca nella prefazione al libro di Giuliano Marchetto dedicato alla scienza giuridica quattrocentesca. Con il suo sottofondo fascinoso e lirico, il celebre racconto classico esprime il senso di un'intera esperienza scientifica e culturale. E racchiude, altresì, il senso dello stesso itinerario di studio che l'Autore ha coraggiosamente imboccato e percorso. Il tema prescelto è indubbiamente dei più delicati e difficili. Come il pendio su per il quale, tra piste di polvere e certezza

rassegnata dell'eterno castigo, Sisifo si trascina dietro il suo pesante macigno, così il soggetto di ricerca indagato si inerpica lungo sentieri appena battuti. Quanti fino ad oggi hanno avuto la briga di esplorarli, si sono avventurati con incerto movimento, a tappe sfiorate con passi lunghi, affrettati, stanchi. Marchetto è tornato su quei passi, calcando però le orme del passato con maggiore profondità.

Il risultato è un lavoro che, alla sintesi densa e asciutta di racconto, unisce, senza cadere in retoriche iperboli, un lodevole atto di giustizia storica. L'Autore restituisce, finalmente, al lettore la qualità, la rilevanza e la specificità proprie della scienza giuridica quattrocentesca. E lo fa liberando l'orizzonte dalle molte esperienze di studio, più o meno recenti, che si segnalavano per un atteggiamento in larga parte ingeneroso e anche poco obiettivo. Il Quattrocento giuridico è stato, invero, fotografato da tante angolazioni, tutte però in controluce. Inevitabile che sulla scarsa risoluzione dell'istantanea si appuntasse un giudizio negativo e poco edificante. Da stagione irrilevante « in quanto stanca ripetizione delle dottrine dei secoli precedenti » (p. 11); a semplice annuncio di un'incipiente crisi del diritto comune; passando attraverso l'ipotesi storiografica della 'prammatizzazione', per cui, in un insanabile scadimento di pensiero, il sapere giuridico avrebbe rovinosamente virato verso una dimensione tutta praticistica, testimoniata da un'abbondante letteratura consiliare, e avrebbe finito col farsi assorbire da quella. Certamente, a tali orientamenti contribuì non poco la stessa temperie umanistica del secolo XV, con la disputa delle arti e la critica serrata rivolta al modo di fare diritto proprio di glossatori e commentatori. Critica a quella primazia del diritto orgogliosamente rivendicata da Bartolo in un suo celebre discorso dottorale: « Haec autem scientia sola in se perfecta existens nullius alterius scientiae eget suffragio... Non Logicorum, non Philosophorum, Canonistorum, quippe nullius alterius eget suffragio, sed ipsa tanquam in seipsa perfecte existens, omnibus suffragatur » (D. Quagliani).

Con Marchetto mutano registro e prospettiva. Nella sua ricostruzione, i giuristi quattrocenteschi si ergono a tanti Sisifo, sorpresi « nel loro faticoso compito di dominare un bagaglio tanto necessario quanto ingombrante » (p. 6). Quali prosecutori diretti, sulla linea del tempo, della grande scienza giuridica medievale — che, dalla riscoperta del *Corpus juris civilis*, aveva toccato il proprio apogeo con i principi del commento Bartolo e Baldo — i vari Paolo di Castro, Bartolomeo Cipolla, Raffaele Fulgosio, Paride Dal Pozzo — per limitarci ai nomi menzionati dall'Autore — sono consapevoli che è loro compito custodire e preservare quel deposito sapienziale racchiuso nello scrigno dei *libri legales*. Essi sono, però, al tempo stesso, i testimoni sensibili e privilegiati delle trasformazioni profonde che attraversano il secolo XV. Nuove esigenze si stagliano all'orizzonte e, molto spesso, i giuristi sono chiamati, loro malgrado, a dover adattare a quelle il loro sapere millenario. Il pericolo di alterazioni o manipolazioni li attende sempre

dietro l'angolo, gravido di minacce. Ciò nonostante, essi sanno perfettamente che non possono portarsi oltre una certa soglia, pena screditare il fondamento stesso della loro *auctoritas* sapienziale e, con quello, inficiare la ragione ultima del loro prestigio come ceti sociale e come corporazione intellettuale. Il Quattrocento giuridico di Marchetto parla al plurale. Le voci dei protagonisti, chiamate a raccolta dall'Autore, risuonano, forti del loro dato biografico, quasi come se fossero state registrate in presa diretta, sullo sfondo di un paesaggio italiano ancora contrassegnato da un pronunciato pluralismo giuridico, eredità dei secoli precedenti. E si amalgamano, insieme, a segnare alcuni tra i principali snodi della scienza del diritto in un'età di transizione della tradizione giuridica occidentale.

V'è, innanzitutto, il processo. O, meglio, la relazione tra scienza di professori e mestiere di giudici. In questo caso, è la voce di Paolo di Castro, allievo di Baldo e protagonista della vita giuridica e politica italiana del primo Quattrocento, celebre, oltre che per essere stato podestà a Viterbo, per aver redatto materialmente, assieme con Bartolomeo Volpi da Soncino, gli Statuti fiorentini del 1415. Il giurista, nella cornice disegnata dalla serrata e fruttuosa dialettica tra diritto statutario e diritto comune, si interroga sul tema, allora scottante, del rapporto tra la sentenza del giudice cittadino e il *consilium sapientis iudiciale*. Fra l'ipertrofia della letteratura consiliare e il primo apparire dell'istituto della *communis opinio* — « non tutti i giuristi sono uguali e il parere di un celebre giureconsulto era maggiormente degno di fede rispetto a quello del meno noto collega » —, il Castrense sceglie di giocare ad armi pari. E ricorre, pertanto, allo stesso strumento consiliare per riflettere ma, al tempo stesso, impartire quasi una lezione *ex professo* al giudice sul corretto utilizzo del *consilium sapientis*. Accadeva infatti ormai sempre più di frequente che il giudice, se non quando obbligato a farlo dallo stesso statuto cittadino, chiedesse l'intervento del giurista su di un caso concreto certamente per supplire alle sue scarse conoscenze tecniche, con l'effetto di alimentare un autentico mercato delle opinioni legali rese da avidi e potenti avvocati. Ma anche, e soprattutto, per scaricare sul giurista consulente la responsabilità della sentenza e sfuggire così alla successiva verifica del suo operato in sede di sindacato. In un costume tutto italiano, come scrive Guglielmo Durante nel suo *Speculum iudiciale*, di intendere il parere come se fosse già la sentenza. È pacifico, argomenta Paolo di Castro, che, quando è lo statuto a imporre il ricorso al *consilium sapientis*, il giudice debba uniformarsi se vuole passare indenne il sindacato. Ma che fare laddove il giurista consulente incaricato abbia fornito un parere visibilmente *contra ius*? La risposta sarà tutta da trovarsi in una rilettura dei maestri trecenteschi Giovanni d'Andrea e, soprattutto, Bartolo, « rigido assertore della responsabilità dell'organo giudicante » (p. 36).

I due snodi successivi vedono protagonista il giureconsulto veronese Bartolomeo Cipolla. Che fu professore di cattedra, autore, fra le

altre cose, di numerosi *consilia criminalia* che continueranno a circolare nelle varie edizioni a stampa per secoli, « in netto anticipo sull'evoluzione della *scientia iuris* che inizierà ad occuparsi meno episodicamente di questi temi [criminalistici] soltanto... alla metà del Cinquecento » (G. Rossi). Ma fu anche, al pari del Castrense, attivo partecipante della vita politica del tempo come revisore degli statuti veronesi del 1450 e come ambasciatore della comunità soggetta di Verona presso la dominante Repubblica di Venezia. Il Quattrocento è, sì, infatti il secolo del pluralismo giuridico e dell'attività di *interpretatio* svolta dal giureconsulto. Tuttavia, è anche il secolo « nel quale è ormai tramontato l'ideale di una *monarchia universalis*, per dirla con Dante, retta da Papato e Impero » (p. 17) e, conseguentemente, è il secolo dell'affermazione, soprattutto nell'Italia centro-settentrionale, dello Stato territoriale. Si tratta, forse, del momento di maggiore tensione tra l'appoggio dato dal giurista al signore territoriale (città dominante o principe) nel processo di accentramento del potere — e qui l'Autore richiama giustamente il classico lavoro di Lauro Martines sui giuristi fiorentini fra Tre e Cinquecento — e il corretto e bilanciato impiego del suo sapere, « la cui preservazione e il cui rispetto è anche la condizione della sopravvivenza del prestigio e del ruolo della scienza giuridica medesima » (p. 18). In un *consilium* reso a favore della corporazione della lana della città di Modena, in lite con il duca di Ferrara che aveva multato la corporazione perché i suoi artigiani si sarebbero rifiutati di osservare un decreto del principe, Cipolla riflette sull'attività del giurista interprete davanti alla norma giuridica, anche qui in un orizzonte pluriordinamentale dove al diritto comune e al diritto statutario si aggiunge, prepotente, la legislazione principesca. Il discorso su Cipolla serve a capire se già nel Quattrocento il potere politico principesco avesse intercettato e soprattutto cominciato ad assorbire la produzione giuridica, dovendosi ravvisare nel monopolio del diritto da parte del potere uno dei « connotati qualificanti la realtà giuridico-politica 'Stato' » (p. 41). Per l'Autore non è ancora questo il caso, tanto da escludere anch'egli la qualifica di 'moderno' per le nuove compagini territoriali di potere a dominanza statutale. Il suo pensiero si allinea così con la gran parte della storiografia, all'interno della quale viene però opportunamente segnalata, in una nota esplicativa, la voce dissonante di Riccardo Fubini sull'opportunità, viceversa, di abbandonare le cautele concettuali e riconoscere il carattere 'rivoluzionario', e quindi 'moderno', del Quattrocento (p. 38, n.4). Soprattutto se l'osservatorio diventa quello della Firenze tre-quattrocentesca: esperienza davvero difficilmente ragguagliabile, per il forte grado di accentramento raggiunto, a quelle delle altre aree regionali italiane coeve. Pur potendo anche non ravvisarsi contrasto tra concentrazione del potere e 'federalismo' sociale, istituzionale, giuridico (J.A. Maravall), come precipitato della vicenda dello Stato moderno in Europa, qui lo scenario è, soprattutto sul piano del diritto, ancora brulicante di fili sfuggenti, più o meno volontariamente, alle manovre

autoritarie di un unico burattinaio e dove, pertanto, è ancora fondamentale l'apporto combinatorio del giurista.

La relazione tra la dimensione interna e quella esterna del diritto, tra legge e coscienza, è invece al centro di un istituto, la compravendita simulata con patto di retrovendita, intercettato, per la sua disciplina, da più ordinamenti: il diritto civile, il diritto canonico e la teologia. Sempre Bartolomeo Cipolla dedica a quest'istituto un breve trattato, il *De contractibus simulatis cum pacto de retrovendendo*, dove affronta e risolve il conflitto tra la liceità di questo contratto, ammessa senza problemi sia dal diritto civile che dal diritto canonico, e la sua riprovazione da parte dei teologi predicatori, primo fra tutti Bernardino da Siena, per la remota possibilità che sotto una simile pattuizione si celasse un prestito usurario.

L'ultimo snodo è quello degli sforzi compiuti da giuristi come il piacentino Raffaele Fulgosio e il napoletano Paride Dal Pozzo per inquadrare giuridicamente la guerra, con punte di novità che influenzeranno non poco le riflessioni dei giuristi cinquecenteschi Balthasar Ayala, Pierino Belli, Andrea Alciato, Alberico Gentili. A conferma che, diversamente dal pensiero comune radicato in molti studi del recente passato, la giurisprudenza del Quattrocento avesse ancora qualcosa da aggiungere alla storia del pensiero giuridico. E diventa davvero impressionante osservare quanto i giuristi che operarono nel secolo XVI fossero tributari di soluzioni, se non escogitate, quantomeno messe a frutto dalla scienza giuridica del secolo immediatamente precedente. Un'impressione sottesa all'immagine che l'Autore stesso dà nel libro di un Quattrocento giuridico come cerniera culturale tra le opere della dottrina trecentesca e le novità del Cinquecento. Nel caso della guerra, la pietra che i *doctores* cominciano a smuovere su e giù per il crinale scosceso tra diritto e potere ha, soprattutto, la cifra miliare di Bartolo da Sassoferrato. È, in un certo senso, al frammento teorico della *civitas superiorem non recognoscens* o *sibi princeps* che ricorre Raffaele Fulgosio quando, nel commentare la *lex Hostes* del Digesto, sviluppa, con una chiarezza senza precedenti, l'idea per cui « la guerra introdotta dal diritto delle genti è una guerra la cui giustizia non discende dalla presenza di una giusta causa, ma solamente dalla qualifica di popolo libero, un popolo cioè che non riconosce un superiore, attribuibile ai popoli belligeranti » (p. 93). La guerra è elevata a giudice con effetti giuridicamente equiparabili a quelli di una sentenza di tribunale. I popoli non soggetti ad alcuna autorità superiore proprio per questo non possono ricorrere a nessun giudice capace di dirimere le rispettive ragioni di scontro. La giusta causa pesa su una parte non meno che sull'altra. Non resta, quindi, che affidarsi allo scontro armato, come in un duello rimesso ad un disincantato *Dei iudicium* e dove riecheggiano gli echi classicheggianti della *Pharsalia* di Lucano: prime incursioni umanistiche di un giurista che tratta di guerra nella poesia epica latina. E il duello insieme col ricorso a fonti eterodosse come la storia e la

poesia sono al centro del *De re militari* di Paride Dal Pozzo, giurista della corte aragonese che del trattato curò anche una personalissima edizione in volgare, elegante esperimento umanistico tra ricerca di nuove costruzioni espressive nella materna lingua napoletana e taglio dei riferimenti alle fonti civili e canoniche. Qui l'Autore si sofferma, soprattutto, su quei passaggi del trattato dove Dal Pozzo dimostra la legittimità del duello d'onore passando attraverso la giustizia della guerra, in assenza di rigidi steccati dicotomici che permettano di distinguere la guerra cosiddetta privata dalla guerra pubblica. Duello e guerra diventano tutt'uno e il collante è la giustizia dello scontro armato di cui è chiamato a farsi garante il sovrano in quanto supremo giustiziere. Lo scontro armato è giusto di fronte all'ingiustizia della ribellione e della tirannide. Reagire con le armi, più che giusto, è doveroso contro fenomeni che come quelli minacciano seriamente la tenuta dell'ordine. Anche se ciò comporterà spargimento di sangue. La disobbedienza del ribelle e del tiranno non è degna del comandamento 'non uccidere'. Impossibile non riconoscere il debito contratto dal giurista napoletano con le glosse di Bartolo alle costituzioni enriciane del 1313 *Ad reprimendum* e *Qui sint rebelles*, momento fondativo dell'elaborazione concettuale del paradigma dell'infrazione politica. Quella stessa liturgia dell'obbedienza ammanta di religiosa sacralità quell'atto di giustizia contro il disordine del mondo che è la guerra. Per far sì che lo scontrarsi non si traduca in un micidiale esercizio di forza violenta è indispensabile, ancora una volta, l'apporto del diritto e del suo sacerdote che è il giurista. *Iustitia et arma* come *summa tuitio reipublicae*.

Tuttavia, la violenza congenita degli Stati, già adombrata nel *De re militari*, farà scontare il suo peccato originale alterando il perfetto equilibrio della giustiniana *Imperatoriam maiestatem* e facendo pesare molto di più il piatto delle armi. Con la crisi dell'ordine etico-giuridico-religioso risultante dall'inaudita violenza delle guerre e delle relazioni estere in Italia dopo il 1494, le autorità politiche, nel clima di aperta polemica con i 'legisti', cominceranno a sperimentare anche una diversa base di legittimazione e di difesa, fondata sulla sospensione del diritto e della ragione giuridica, specialmente in ambito interstatale (R. Descendre; B. Clavero). E, in effetti, la feroce esperienza delle guerre d'Italia farà naufragare la visione ottimistica, che ancora animava Paride Dal Pozzo, di ricondurre il fenomeno bellico ad una, sia pur difficile, razionalità giuridica. Il dato esperienziale che il giurista napoletano aveva cercato di sottomettere alle regole della ragione civile diverrà centrale nelle riflessioni di chi, come Machiavelli e Guicciardini, vivrà direttamente e racconterà, ciascuno a suo modo, quella disfatta (A. Asor Rosa). Se, nel Quattrocento, un giurista come Bartolomeo Cipolla era ancora nella posizione di poter criticare la legittimità e la validità degli interventi normativi principeschi, un secolo dopo, in parallelo anche ad una nuova figura di giurista 'funzionario' e al farsi dello Stato moderno, si affermerà il paradigma della sovranità « intesa come il potere di

derogare al diritto ordinario, dunque anche alla consuetudine e allo statuto, sulla base di una *voluntas principis* che non può essere soggetta ad un controllo di legittimità senza che sudditi e magistrati siano colpevoli di disobbedienza » (D. Quaglioni).

Ma la fatica durata fin lì non può dirsi vana, né lo sarà in seguito. Il giurista del Quattrocento passa il pesante testimone al *doctor* della generazione successiva. « Cieco che desidera vedere e che sa che la notte non ha fine, egli è sempre in cammino. Il macigno rotola ancora ». Sisifo si ritrova di nuovo ai piedi della montagna, con il proprio fardello da trascinare. Quell'universo, ormai sbandato perché privo delle sue coordinate millenarie, « non gli appare sterile né futile. Ogni granello di quella pietra, ogni bagliore minerale di quella montagna, ammantata di notte, formano, da soli, un mondo. Anche la lotta verso la cima basta a riempire il cuore di un uomo. Bisogna immaginare Sisifo felice » (A. Camus).

GIANLUCA RUSSO

CARLOS PETIT, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación* (Universidad Carlos III, Instituto Figuerola, Programa Historia del Derecho, 74), Madrid, Dykinson, 2019, 409 pp. (reedición corregida, 2020, disponible en acceso abierto, <http://hdl.handle.net/10016/28678>).

Este libro contiene el más extenso estudio publicado hasta la fecha sobre el proyecto de Código civil elaborado durante el segundo período de vigencia de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, el llamado Trienio liberal comprendido entre 1820 y 1823. Solo por ese motivo ya merecería la pena reclamar su lectura, porque la bibliografía sobre ese cuerpo legal que quedó en proyecto no guarda proporción con su interés excepcional. Creo que hay además una razón añadida para llamar la atención sobre esta monografía, y atañe al contexto historiográfico en el que irremediamente se inserta: se viene insistiendo con argumentos sólidos desde hace años en la idea de que, junto al constitucionalismo norteamericano y al francés, « el experimento [constitucional] gaditano resultó ser una tercera formulación del primer constitucionalismo moderno » <sup>(1)</sup>, y a la vez una de las manifestaciones, entre otras que afloraron a ambos lados del Atlántico

---

<sup>(1)</sup> La frase entrecomillada, que expresa la idea de manera directa y sin circunloquios, es de Marta Lorente, y la transcribo de *Manual de Historia del Derecho*, M. Lorente, J. Vallejo (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 346.

entre 1808 y 1826, de la particular cultura constitucional que arraigó en el mundo hispánico en aquellos años <sup>(2)</sup>; no se ha insistido sin embargo con igual contundencia, aunque sugerencias haya, en que la codificación civil que ese constitucionalismo estuvo a punto de parir, finalmente abortada, fue potencialmente capaz de convertirse a su vez en una formulación alternativa a la de otros códigos por entonces ya en vigor, como los que fueron fruto de la Ilustración en el área germánica (más el civil austríaco que el prusiano, tan estamentalmente anclado en sus crepusculares tiempos) o desde luego el *Code civil* napoleónico, que habiendo sido modelos históricos se han convertido también en arquetipos historiográficos.

Podría decirse que lo que se señale de un elemento (la Constitución de 1812) no tendría por qué predicarse del otro (el proyecto de Código de 1821), y que esa tercera vía constitucional no habría de desembocar necesariamente en una tercera vía codificadora. De hecho, cuando el foco del discurso historiográfico se dirige al texto de la *ley fundamental* las consideraciones sobre su singularidad no suelen extenderse a este proyecto de *ley secundaria*, por utilizar su misma terminología. Pero es dudoso que pueda abordarse este segundo elemento sin entrar bastante a fondo en el primero, sobre todo en virtud de los solidísimos anclajes constitucionales que el propio proyecto de Código proclamaba en voz muy alta. Se ha hecho, desde luego: los pioneros estudios de Mariano Peset sobre este texto cifraban su «indudable desviación respecto del *Code civil des français*» en la presencia en su regulación de elementos del derecho castellano bajomedieval y moderno, en el ejemplo de los códigos de Prusia y Austria y en la influencia de Jeremy Bentham <sup>(3)</sup>. Se asumía que iba a ser un código liberal hijo de una constitución liberal y ello predeterminaba el característico denominador común; la desviación del paradigma, manifiesta en la inflación de contenidos con respecto al prototipo francés, había de explicarse por influencias externas al propio marco constitucional establecido. Pero Peset escribía en la primera mitad de los años setenta y respondía en su obra a planteamientos historiográficos distintos a los que hoy estas fuentes evocan; se encontraba, de hecho, casi ante la necesidad de inaugurarlos, al adentrarse en el yermo de una historia jurídica no ya constitucional, sino decimonónica sin más, tierra casi baldía en la España de entonces y que aportaciones como las suyas fueron haciendo feraz. Ahora, afortunadamente, el panorama es otro, y cabría esperar una toma de posición, no tanto frente a la todavía escasa bibliografía pertinente al estricto proyecto, como en relación con la muy

---

<sup>(2)</sup> *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, M. Lorente, J.M. Portillo (dirs.), Madrid, Cortes Generales, 2011.

<sup>(3)</sup> M. PESET, *Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821*, en «Anuario de Derecho Civil», 28 (1975), pp. 29-100, especialmente pp. 32-37.

florecente sobre el constitucionalismo de Cádiz, no en términos generales por supuesto sino en su dimensión codificadora. Que no haya en esta monografía un específico apartado que presente el estado de la cuestión no impide que se vaya considerando a todo lo largo de ella, y a ese abordaje disperso deberemos estar atentos en estas páginas.

Y es que era precisamente ese marco constitucional el determinante para la configuración del código (« algo insólito en la historia de la codificación », p. 202), con la mediación naturalmente de la comisión encargada de elaborar su proyecto. Considérese, si no, la impactante definición (de « admirable rotundidad », p. 104) que contiene el *Discurso preliminar* de este proyecto: « El Código civil no es otra cosa más que el desenvolvimiento de los artículos 4, 6, 7, 8, 9, 12, 15, 16 y 17 de la Constitución » (pp. 201, 281, 287). Es decir, el desarrollo de los derechos legítimos que la Nación se comprometía a conservar y proteger en el artículo 4, de las obligaciones de los españoles que se expresaban en los artículos 6 a 9, de la afirmación de confesionalidad católica del artículo 12, la más radical que pueda concebirse incluso en una historia constitucional como la española, y de lo que se estimara más propio en la concepción de las potestades de hacer las leyes, de hacerlas ejecutar y de aplicarlas por vía judicial que se separaban en los artículos 15 a 17. Eso había de ser el Código civil; de ese modo lo perfilaron los miembros de la comisión parlamentaria que emprendió su elaboración, y eso fue lo que se aprestaron a articular. Así se determinó su esqueleto básico: dos partes, la primera *De los derechos y de las obligaciones individuales*, y la segunda *De la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y obligaciones*; esto es, reconocimiento y definición en la primera parte, y garantía de protección y cumplimiento en la segunda. Los derechos y las obligaciones fueron el criterio pertinaz que siguió ordenando internamente una parte y otra: se los hizo aparecer en la rúbrica de cada uno de los tres libros de la parte primera, y casi obsesivamente en las de los ocho títulos del primero de ellos. Era lo que correspondía en un Código llamado, según la comisión, a « llevar a debido cumplimiento » (p. 288) lo que se prometía en el artículo 4 de la Constitución, esto es, la protección mediante « leyes sabias y justas » (el Código, entre otras) de los derechos de los integrantes de la Nación. La literalidad de ese artículo 4, por cierto, fijaba los tres capítulos en los que se dividía el título primero del libro primero de la primera parte del proyecto (p. 232). Los 276 artículos de ese primer libro y los 200 del segundo son los que nos quedan de los que iban a formar parte del inacabado proyecto. Del libro tercero nos constan solo los epígrafes de los títulos en los que internamente se dividió; Carlos Petit da buenas razones para concluir que los artículos que integraban esos títulos se redactaron y se perdieron (pp. 63-64). De los dos libros de la parte segunda solo han quedado sus rúbricas, y seguramente nunca hubo más. Encabezaba el proyecto un *Discurso preliminar*, rico y extenso, que daba cuenta de lo que se hizo y de lo que

quedó pendiente, del porqué y del cómo no solo del Código, sino del completo ordenamiento que había de presidir el texto constitucional.

No crea el lector que quiero suplantarlo la monografía que comento; azuzar el interés de quien no esté familiarizado con este particularísimo texto ha sido mi intención en el párrafo precedente, y a la vez fundamentar mínimamente esa posible tercería de la que hablaba en el anterior. No necesariamente tercera, dicho sea ahora de paso, porque cabría discusión sobre si las referencias previas son dos, o más o menos; vía o formulación codificadora si no tercera, sí radicalmente diferenciada, en cualquier caso, frente a realizaciones o ensayos coetáneos.

En esa línea de la diferenciación radical se sitúa Carlos Petit. De hecho, hace años que se instaló muy fundadamente en ella. En 2008 publicó un artículo sobre la presencia y conocimiento en España del *Code* de 1804 que examinaba el proyecto de 1821 en condensados y esenciales párrafos: el Código proyectado era una « alternativa original » en algunas de cuyas características podían apreciarse diferencias « abismales » con respecto al antecedente francés, y, hay que concluir, también con respecto a sus más cercanas secuelas europeas <sup>(4)</sup>; que las pocas pero determinantes páginas que entonces dedicó nuestro autor al proyecto del Trienio no conformaran epígrafe propio en un trabajo sobre el Código Napoleón en España era en sí mismo un modo tácito pero muy eficaz de señalar el distanciamiento. La caracterización que entonces hacía del proyecto la ha mantenido inalterable en esta monografía (cfr. capítulo IV): el código civil hijo de la Constitución gaditana iba a tener una tripe condición, parlamentaria (por su elaboración), constitucional (evidente en la definición que ya conocemos) y sistemática (resuelta en la determinación de sus contenidos), ya muy visibles en el proyecto y que lo convertirían en un producto carente de « parangón » (p. 12, introductoria) incluso sin tomar en consideración la extrema singularidad de contenidos que abarcaría su inarticulada segunda parte.

Una rareza, en suma, *en la historia de la codificación* a la que el título de esta monografía expresamente alude. ¿Hasta qué punto, entonces, estaba vinculada tal singularidad a la constitucional de su norma matriz? El tratamiento historiográfico de una cuestión como la que acabamos de plantear depende en gran medida de la concepción que se tenga de esa ley fundamental, pero también de la relación que se establezca entre sus dos primeros períodos de vigencia. Si la Constitución de Cádiz pudo decir cosas distintas en 1812-1814 y en 1820-1823, tales diferencias, aunque fuesen de matiz o de perspectiva (y estas son inexorables atendido el contexto político y jurídico europeo en la

---

(4) C. PETIT, *España y el Code Napoléon*, en « Anuario de Derecho Civil », 61 (2008), pp. 1773-1840, especialmente pp. 1803-1807.

tercera década del siglo, y atendida también la menguante deriva de la España bihemisférica en esos mismos años), hubieron de tener su efecto. En 1820 la Constitución estaba hecha, pero el Código no se había empezado, y todas las posibilidades de este bajo aquella estaban aún abiertas.

Carlos Petit atiende también ahora a la « condición constitucional » del proyecto, por supuesto. El más específico abordaje de esta cuestión lo encontramos en un lugar ya avanzado de su exposición, resuelto con brevedad extrema (§28, pp. 104-105) y de manera muy coherente con sus apreciaciones de hace unos años, ya citadas; de hecho, lo flanquea con sendos epígrafes dedicados a la « condición parlamentaria » y a la « condición sistemática » (respectivamente §§ 27 y 29). En ese escueto par de páginas se limita el autor a ofrecer unas primeras indicaciones sobre la relación entre la ley fundamental y la secundaria. ¿Queda entonces fuera de consideración la posible dependencia del código proyectado con respecto a la sustantividad de las líneas maestras del constitucionalismo gaditano, esto es, su coherencia con respecto a las concepciones que lo sustentan? No, en absoluto: a eso que podríamos llamar, con expresión del autor, el « *pathos* constitucional » (p. 76) del proyecto, se presta atención extensa e intensa a lo largo del libro, que integra además, muy notable y acertadamente, otros frutos del proceso codificador del Trienio y especialísimamente el Código penal de 1822.

Si todo ello se entretuviera a lo largo de la exposición, el modo en el que esta discurre merece entonces examen. La buena prosa es cortesía debida, pero a Carlos Petit se le ha de agradecer que la suya sea además ágil e incisiva, con medido recurso a la amable complicidad, a la ironía, al rasgo de ingenio e incluso a la humorada mordaz (cfr. p. 134). Su particular manera de concebir el rigor con el que debe conducirse el discurso historiográfico no da, sin embargo, facilidades al lector. Su exposición no prescinde del matiz que dimensiona, de la precisión que ajusta, del apunte que señala aperturas diversas, del paréntesis (a veces dentro del paréntesis), ni tampoco de la nota larga, ya sea de cita, de discusión o directamente de excursu. Es enriquecedor, quién lo duda, y no se me ocurriría pedir a nadie que no incluyese en su trabajo cualquier detalle que le resultara relevante. El problema no es tanto ese como el de no dejar suficientemente visible el hilo conductor entre las cuentas que se van ensartando en él, y se manifiesta en ocasiones al dar tanto juego a la cita literal entrecomillada, también en texto, en la convicción de que es suficientemente explicativa en sus propios términos. No sucede siempre, desde luego, pero con frecuencia la acumulación ahoga, sin dar el suficiente respiro para una reposada argumentación por parte del autor que sirviera al lector para asimilar su discurso. Por volver a la misma imagen, ensartar esas cuentas con mayor holgura haría que el hilo se viese con mayor nitidez, explicando el autor hacia dónde se dirige y por dónde pasa, y también, allí donde se

requiriese, la razón de uso de sus ricos fundamentos textuales. No es que el lector no los entienda: es que no tiene por qué suplantar con la suya la interpretación que ha de esperar del autor, y que luego el lector podrá confrontar con la propia. Es difícil medir estas frases para que sean justas, pues nada más lejos de la trabajada disposición de estas páginas que un centón descuidado: aun así, este lector, sin duda muy corriente, le pediría al autor que explicase más sobre la base de las fuentes sin dejar tantas veces que estas se expliquen solas, y también que construyese más acabadamente el edificio discursivo para el que con tanta pericia acumula, presenta y combina materiales. Confiar en la inteligencia del lector es un acto de generosidad, pues presume que no habrá lector no inteligente que quede desplazado; pero es actitud que no cuenta con la inteligencia distinta que el lector puede dar a lo que lee.

Las dificultades de las que voy dando cuenta en este párrafo podrían aminorarse con algún que otro expediente sencillo a los que el autor también renuncia: ¿por qué no, por ejemplo, reproducir la rúbrica de cada división interna de capítulos en su natural y respectivo lugar y no solo en el índice general y en el sumario inicial de cada capítulo, privando así al lector de tener a primera vista balizas seguras para situarse?; no hacerlo da pie, además, a que los duendes de la imprenta jueguen malas pasadas, como sucede en el ejemplar impreso que manejo (aunque no en la edición en línea) al discordar la numeración de epígrafes del capítulo VII en el índice y en el propio capítulo. Y ya que la redacción resulta abigarrada, ¿por qué prescindir de la recapitulación, tanto en esas divisiones internas como en los capítulos enteros, tras llegar a su fin un conjunto de páginas tan constantemente ricas de fuentes y bibliografía y tan arduamente construidas? No siempre cabe concluir con un mensaje compendioso, con una afirmación terminante, con un posicionamiento historiográfico preciso; pero cuando es posible, renunciar a hacerlo es correr el riesgo de perjudicar la fluidez con la que ha de recorrer lo escrito la distancia que media entre la página del autor y la mente del lector. No soy muy amigo de los capítulos de conclusiones, pero en este caso, siendo tantas veces ambiguo, polivalente o contradictorio el material textual que sostiene una exposición progresivamente densa en testimonios, análisis y discusión, el remansado respiro de una reflexión final, no necesariamente extensa, haría bien tanto al lector como al libro.

No es ajeno lo que señalo a la propia construcción de la estructura del volumen. Se ordena en dos partes claramente diferenciadas aunque no se reconozcan formalmente como tales; la primera agrupa a los cuatro capítulos iniciales y la segunda se desenvuelve a lo largo de los tres siguientes. Los cuatro primeros atienden a lo que podríamos llamar la historia externa del proyecto, y los tres últimos al interno despliegue de su regulación. La primera parte se ha querido exhaustiva y la segunda no, pues cualquier detalle relevante sobre la invención y

elaboración del Código tiene su lugar en los cuatro capítulos de apertura, pero no de todos sus contenidos hablan los tres de cierre. La elección del objeto de estos tres capítulos no es descuidada ni azarosa, en cualquier caso; nada de lo principal, y muy poco de lo que podría serlo menos, queda fuera de consideración.

En el terreno de la historiografía la ensambladura de un índice es siempre un *tour de force*. En este caso la división de partes que indiqué en el párrafo anterior me parece impecable en su claridad clásica. Dentro de cada una de ellas, la división tanto en capítulos como en epígrafes sigue patrones más originales, ya que responde a una composición a modo de mosaico que contribuye poderosamente a dar expresividad a cada una de las cuestiones abordadas resaltando sus múltiples facetas; no se ve precipitación ni descuido en la disposición de las piezas, pero entiende bien el lector que encajarlas de otro modo habría sido también posible. La oportunidad de codificar (capítulo I, *Entre Savigny y las Cortes*, pp. 15-48), la opción por el código (capítulo II, *Las Cortes y el Código*, pp. 49-67), las posibilidades del código (capítulo III, *Que he o Código civil?*, pp. 69-87), y la elaboración y caracteres del texto objeto de estudio (capítulo IV, *Lectura del proyecto*, pp. 89-114) se llevan las primeras y redondas cien páginas de la monografía. El *Tratado de la ley* (capítulo V, pp. 115-150), el *Tratado de los estados* (capítulo VI, pp. 151-200) y el *Tratado de los derechos* (capítulo VII, pp. 201-265), de amplitud creciente, se extienden por las ciento cincuenta siguientes.

Evidentemente, han de buscarse en los cuatro primeros capítulos la información y el análisis pertinentes a las condiciones parlamentaria y sistemática del proyecto. Los ecos en España de la discusión europea sobre las ventajas e inconvenientes del Código y las circunstancias del debate interno sobre su conveniencia y sobre las más adecuadas vías para su elaboración se extienden por el primer capítulo, que presta atención al derecho comparado y manifiesta un muy provechoso uso de fuentes periodísticas. Del segundo capítulo me parecen especialmente destacables las páginas dedicadas a la en su momento planteada como posible intervención de Bentham, escritas sobre la base del epistolario del jurista inglés, y la indagación sobre la cronología y extensión de los trabajos de elaboración del proyecto, levantada sobre la base de fuentes muy mermadas por la pérdida de documentación. En el tercero encontrará el lector, entre otras cosas, un sugestivo elenco de los contenidos posibles del futuro Código civil, con paciente reconstrucción de los que los diputados de aquellas Cortes esperaban ver regulados en su articulado, y una imprescindible consideración comparada de los contenidos de los códigos del momento. El capítulo cuarto presenta los datos biográficos de los comisionados, el método de trabajo que se esperaba de la comisión, y una razonada valoración sobre el lugar que en el conjunto del ordenamiento correspondía a este Código civil que nunca lo fue.

En los tres capítulos de la segunda parte es donde mejor puede calibrarse la condición constitucional del proyecto. El expediente de convertirlos en una trinidad de tratados me parece acertado y valiente, lo primero porque permite la integración temática de la regulación de partes diversas del inacabado Código, y lo segundo porque compromete a un tratamiento en profundidad que huye expresamente de la descripción superficial o limitada.

El *Tratado de la ley* comienza afrontando con rapidez una serie de cuestiones que se estiman iniciales, como las probables razones del adjetivo « español » dado al Código civil (§33: « precisión de origen o vigencia », o, « quién sabe », consecuencia de su vinculación a la Constitución) y la posible raíz francesa del *Título preliminar. De las leyes* del proyecto (§34). En estos compases iniciales del *Tratado* ya apunta una cuestión que me parece de interés principal y que de nuevo aflora en el sugerente tratamiento de la particular adjetivación de la ley en el contexto doceañista (§36: ley fundamental o secundaria; sabia y justa; expresa, clara y terminante...), que es la de la concepción sustantiva de la ley que el proyecto acoge; es asunto que con toda lógica acaba adueñándose de un capítulo que presta la atención debida a la consideración de la costumbre (§37), a la tipología normativa (§38), a la posible inadecuación a ley de las órdenes emitidas por las autoridades (§39), y a la disonante y anómala dispensa (§40).

Los primeros apuntes parecen fruto de las también iniciales impresiones que la fuente transmite, como cuando el autor señala que « los comisionados aceptaron de modo implícito la equivalencia entre *derecho y ley* » (p. 117), o, más directamente aún, cuando afirma que el proyecto de Código « incorporaba una visión estrictamente positiva de los mandatos legales » (p. 124). Tales afirmaciones no quedan sin matizar, pues inmediatamente después de la primera advierte de la dificultad de conceptualizar la ley en ese entonces, y tras la segunda documenta el amplio reflejo que un concepto material de ley tiene en las manifestaciones de los diputados que recoge el *Diario de Sesiones* de las Cortes. Más adelante la cuestión comienza a no ser de matiz, sin embargo. En el contexto del tratamiento de la posible desobediencia a las órdenes no por motivos formales, sino de contenido (p. 139), el autor reconoce que « el marco [constitucional] gaditano » estaba « anclado en experiencias institucionales pretéritas », remitiendo en nota a capítulos diversos del libro de Carlos Garriga y Marta Lorente, *La Constitución jurisdiccional* <sup>(5)</sup>. Esas « experiencias institucionales » las liga Carlos Petit a factores como « la fragilidad de los aparatos » y a las « dificultades del ordenamiento todavía no codificado », que se tradu-

---

(<sup>5</sup>) C. GARRIGA, M. LORENTE (con epílogo de B. CLAVERO), *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

cían sobre todo en la continuada vigencia « de normas históricas de todo tipo ». Así señalados, esos factores no son de mentalidad sino de circunstancias, de modo que si estas hubieran sido otras habrían hecho posible — cabe que piense el lector — aquel positivismo estricto antes aludido; para calibrar el papel de tales factores es desde luego pertinente la cita de *La Constitución jurisdiccional*, que los identifica y valora, pero la dirección más sustantiva a la que apunta la obra citada de Garriga y Lorente es otra y no tarda en aparecer también en la de Petit. Y es que algo más adelante, enfrentado el autor al análisis del artículo 14 del proyecto, que prevé la dispensa de ley *cum causa* y que ya se nos había advertido que respondía « a una cultura jurídica bastante diversa » (p. 128), la cuestión cambia de naturaleza: la señalada disposición, « admirable », « por sí sola nos revela el peso de una concepción todavía jurisdiccional — esto es, interpretativa — de la ley en la experiencia constitucional gaditana » (p. 140; también p. 207).

Es un punto que resulta básico para la determinación de la « condición constitucional » del proyecto, pues efectivamente admite Carlos Petit que la dispensa pertenece al « horizonte constitucional de Cádiz » aunque la estricta literalidad del texto de la Constitución no lo revele con claridad (p. 142). Y es elemento decisivo, reconoce el autor: aquel estricto positivismo en principio predicado y al parecer querido por la comisión redactora del proyecto quebraba en realidad, « de forma que el Código, tan opuesto a la equidad para fijar las reglas aplicables, le franqueó finalmente la entrada: pues la relajación en la observancia de la ley lógicamente se fundaba en razones equitativas » (p. 143). Y las referencias al jurisdiccionalismo proliferan a partir de ese punto de la exposición: en pp. 145-146 se pregunta el autor si las Cortes elaboraban « paso a paso (es decir: jurisdiccionalmente), una suerte de 'jurisprudencia constitucional' para superar las debilidades y los puntos oscuros de la carta gaditana » (indicando a renglón seguido que la expresión destacada entre comillas simples es coetánea); en p. 147 presenta a las Cortes actuando en ocasiones « como órgano decisorio y equitativo, a modo de supremo señor jurisdiccional capaz de reescribir o relajar el tenor de las leyes y aun de la misma Constitución ».

La voz « jurisdiccional » y sus derivadas son, como denotativas, polisémicas, y el autor no las usa en la misma acepción siempre. Pero, a la vista de aportaciones que vienen insistiendo en su capacidad para calificar el constitucionalismo gaditano, en el terreno en que esta monografía se sitúa no es posible utilizar el término al margen de aquellas. ¿Implican las citas del párrafo anterior que el autor abraza, al menos en esta tan relevante cuestión de la concepción de la ley, los postulados o líneas interpretativas de esa historiografía? Hay que reconocer que sí. Que el autor la conoce bien y la cita es indudable: acabamos de señalarlo en lo que respecta a *La Constitución jurisdiccional* de Garriga y Lorente; y lo mismo puede decirse en relación con diversos trabajos de un autor que hizo también temprano y decidido

uso de la misma caracterización: Fernando Martínez está presente con, entre otras publicaciones, su '*Ley expresa, clara y terminante*'. *Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español* (6); y hay más títulos citados de Marta Lorente y Carlos Garriga, y también otros de Bartolomé Clavero de fundamento y orientación muy similares. Por si fuera poco, en la relativamente reciente *Historia del Derecho mercantil* del mismo Carlos Petit hay reconocimiento expreso, que no apunta solo a la configuración institucional en la que se asienta la Constitución de 1812 sino también a su dimensión corporativa, tan conspicua en el mundo de los comerciantes al que Petit se asoma: « por eso Cádiz ha sido oportunamente llamada *constitución jurisdiccional* » (7); es afirmación que se apuntala, además de con la cita de la obra de Garriga y Lorente ya indicada, con la anterior y contundente monografía de Fernando Martínez *Entre confianza y responsabilidad*, en la que había ya tratamiento específico (8). Esta última obra no está, sin embargo, en la relación bibliográfica del libro que comentamos, seguramente por no considerar, salvo en un par de ocasiones si no me equivoco, el proyecto de Código civil de 1821 (9); a fin de cuentas, para la monografía de Fernando Martínez lo que habría podido ser imprescindible del proyecto de Código es precisamente la parte que quedó sin articular.

Me permito señalar en dicha relación bibliográfica una ausencia más, creo que de peso. Se trata de la ya citada *El momento gaditano*, obra colectiva de autoría indistinta dirigida por Marta Lorente y José María Portillo con participación de otros cuatro autores, y redactada con la ambición de analizar y caracterizar no tanto el constitucionalismo estricto de Cádiz, sino aquel en el que se inserta la propia Constitución de 1812, construyendo y así delimitando su contexto. Parece impertinente, incluso en un género obligadamente crítico como es el de la recensión, hacer este tipo de indicaciones: la aparente laguna bibliográfica puede ser descuidada o deliberada, y en este segundo supuesto, al que hemos de dar mayor verosimilitud por la continuamente demostrada solvencia historiográfica del autor, las razones de la preterición pueden ser muchas. En este caso podría aducirse una al menos, y potente: en la obra recién citada no tiene relevancia alguna el proyecto de Código civil de 1821; es más: en *El momento gaditano*, de hecho, no

(6) Publicado en « Historia Constitucional », 3 (2002), pp. 99-132 (en línea).

(7) C. PETIT (con prólogo de M. OLIVENCIA), *Historia del Derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 319.

(8) F. MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 609-915, epilogales, sobre « Cultura política, modelo de constitucionalismo y paradigma jurisdiccional ».

(9) *Ibíd.*, pp. 194 y 539-540.

es la codificación un proceso expresamente digno de consideración. A pesar de ello, se trata de una obra que incide en profundidad en esa forma jurisdiccional de gestión del poder que no pudo sino impregnar todas las manifestaciones del orden constitucional también en el Trienio, como a fin de cuentas Carlos Petit parece aceptar.

La ausencia de cita merma las posibilidades de un diálogo clarificador, tanto en cuestiones verdaderamente centrales (en *El momento gaditano* no deja de abordarse la « naturaleza de la ley »<sup>(10)</sup>) como en otras que, aunque en principio no lo parezcan tanto en relación con el proyecto de Código (responsabilidad de los empleados públicos, formación de los ayuntamientos constitucionales, con afectación directa a la consideración de los sujetos...), no son desde luego insustanciales con respecto a los argumentos principales que se van desarrollando durante el curso de la monografía que reseñamos, cuyas líneas de desarrollo se alimentan de ellas. Cabría preguntarse si estos diálogos perdidos, que podrían ser tan fecundos, se ven entorpecidos por la falta de índices analíticos, porque sigue sin arraigar en España, por decisión de los autores o por imposición editorial, el uso de incluirlos. No lo tiene *El momento gaditano*, cuya disposición editorial (índice sistemático con exclusiva indicación de las rúbricas generales de cada capítulo y sin expresión de los epígrafes internos, no indexados en ninguna parte) parece pensar no en un lector que consulta, sino en uno que lee sin apresuramiento la obra completa. Y tampoco lo tiene la obra que comentamos, aunque una edición en línea, de la que este libro sí disfruta, puede paliar su falta; pero la función de búsqueda de un programa informático de lectura responde a sus parámetros propios, que no tienen por qué ser ni los del autor ni los del lector; requiere además aproximaciones variadas para cada elemento, está limitada por la literalidad de los términos y no ofrece el indicio del peso relativo de cada voz o entrada al primer vistazo, como sí hace el índice propiamente dicho. De todas maneras, está claro que la ausencia de un elemento que facilitarí la consulta no es excusa para no emprenderla; la de la obra que reseñamos es ya obligada para quienes pretendan conocer la codificación gaditana.

No se trata solo de que se esfumen posibilidades de confrontación de opiniones, ni tampoco de que la merma que producen esas ausencias en el aparato bibliográfico haga disminuir las posibilidades de comprobación de la solidez de la posición historiográfica que representan las obras preteridas, su potencialidad comunicativa y su capacidad para persuadir y convencer; poner a prueba esas cualidades no es responsabilidad del autor de este *Código perfecto y bien calculado*, desde luego, pero así queda correlativamente menos definida su propia ubicación historiográfica. Acaba uno de leer el *Tratado de la ley* y, aunque la

---

(10) *El momento gaditano*, cit., pp. 266-277.

concepción jurisdiccional ha ido ganando terreno a lo largo del capítulo, convirtiéndose en dominante como incorporada al proyecto y asumida por la comisión que la elaboraba, no se apagan del todo los ecos de la concepción estrictamente positiva, casi con « vocación de futuro 'iusabsolutista' » (p. 124), que se nos presentaba al comienzo del capítulo.

Y es que dicha concepción parece volver, contrarrestando esa progresión jurisdiccionalista, al abrirse el *Tratado de los derechos* (capítulo VII), en sí mismo casi una osadía, porque, según ya sabemos, la estructura del proyecto justificaría que la exposición completa del mismo se resolviese en un tratado con ese título. Un primer epígrafe sobre *Constitución, ley, derechos* (§48, pp. 201-205) desgrena los fundamentos textuales de una noción de los derechos de los individuos ligada a su determinación legal, para lo que el texto del proyecto de Código da, desde luego, todos los apoyos. No parece casar muy bien un elemento con el otro, esto es, por un lado, una ley concebida en términos sustanciales o materiales, debida a equidad y con un fuerte componente interpretativo, y, por otro, unos derechos ajustados formalmente a la ley de la que dimanen y en la que se positivizan, y por esa razón « legítimos ». Y de hecho, se van señalando fuentes muy cercanamente vinculadas al propio proyecto que conducen una y otra vez el discurso sobre los derechos a su condición natural o preestablecida. El lector podrá convencerse de que la contradicción no es del autor, sino que a ella dan soporte los propios testimonios que maneja, lo que muy posiblemente quiere decir que al intento de resolverla le falta aún comprensión suficiente.

El proyecto distinguía en su *Discurso preliminar* los derechos *civiles* de los *políticos*. La primera indicación acerca de los primeros que ofrece Carlos Petit sobre la base del texto es que eran « los que 'se pierden por delito' » (p. 206), aparente definición que en pureza no lo es pues ni siquiera los distingue, como el mismo autor reconoce, de los derechos *políticos*; estos, que efectivamente también podían perderse por delito, sí se definen a renglón seguido, sobre la base del proyecto, como los propios de los españoles que tenían la condición de ciudadanos. ¿Es que no se definían los civiles?, podrá preguntarse el lector. Insiste el autor en « advertir que la calificación de los derechos como 'civiles' fue algo extraordinario, no solo en la carta gaditana [...] sino en el proyecto » de Código (p. 215), apuntando de nuevo, exclusivamente, a los lugares en los que se regulaba su pérdida por delito y a su posible restitución. Sí hay, sin embargo, en el proyecto una definición de derechos civiles, aunque no contenga en sí el sustantivo junto al calificativo, que el autor por supuesto conoce y cita (doblemente: p. 216 nota 44 y p. 217), pero que no parece considerar definición. Está en un pasaje del *Discurso preliminar* que dice así: « Hay otra clase de derechos que emanan de la ley fundamental para el bienestar individual de cuantos componen el estado mismo, y que podrán llamarse civiles ». El

pasaje será más o menos oscuro o impreciso, pero es definitorio. Y esa posible oscuridad o imprecisión se rebaja considerablemente si leemos la frase inmediatamente siguiente, separada por un punto y seguido, que el autor ya no cita: « El artículo 4º [de la Constitución] los enumera así: ‘libertad civil, propiedad y demás derechos legítimos’ ». Es esta una indicación que nos permite definir una vez más los derechos civiles con mucha mayor concisión y claridad, aunque expresamente no lo haga ni la Constitución ni el proyecto de Código: eran los propios de los españoles, tuviesen o no la condición de ciudadanos. La definición cae por su propio peso atendido el tenor literal del artículo 4 de la Constitución de 1812 (« La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen », individuos que son, según el artículo 1, « todos los españoles de ambos hemisferios »): los civiles son los del artículo 4, y los del artículo 4 son los de los españoles. No tenemos así la enumeración, abierta tanto en la ley fundamental como en la secundaria proyectada, pero sí una definición de estructura simple, paralela a la de los derechos políticos, y que podría además tener relación, quién sabe, con la calificación como español del propio Código, aunque más adecuada a todo ello habría sido entonces una denominación a la francesa con fundamento similar (cfr. *Code*, artículos 7 y 8): Código civil « de los españoles ». Sé que las cosas son más complejas, como el autor se ocupa prolijamente de mostrar, pero el arranque creo que es ese.

El examen de los derechos en particular, sobre todo de los « principales » (libertad civil, propiedad, seguridad individual e igualdad legal), y el más general de « los demás » se desarrolla por extenso con agudo análisis de fuentes. Presta el autor atención desde luego a la expresa inclusión en el proyecto, como principales, de los señalados en tercer y cuarto lugar, que se tuvieron en consideración en los tiempos de preparación y elaboración de la Constitución de 1812 pero que no se recogieron específicamente en ella. Son conceptos, los cuatro, que habían venido dando origen desde mucho tiempo atrás a un universo textual inabarcable, y así la selección de textos es inevitable; pero tal vez podría enriquecer las reflexiones del autor sobre la definición y el alcance de tales derechos la primera de las *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política* de Valentín de Foronda, obra de la que se usa y cita su segundo volumen de 1794 y no el primero de 1789. Me parece pertinente porque a las definiciones, distintas a las plasmadas en las disposiciones gaditanas, de los derechos de libertad, propiedad y seguridad que Foronda publicó primero en el *Espíritu de los mejores diarios* y luego en el señalado primer volumen, añadió la de igualdad en una posterior edición de la obra que vio la luz, precisamente, en 1821. Si ese paralelismo de fechas, unido al interés que el propio Foronda dejó documentado en sus *Ligeras observaciones* de 1811 sobre el proyecto de Constitución, son indicios de la posible relevancia de esas

páginas, el provecho que pueda rendir su examen podrá calibrarlo mejor el autor si alguna vez vuelve sobre estas materias.

La diferente plasmación de los derechos en la primera norma de 1812 y en el Código proyectado nos conduce a otro asunto que ya sugerimos más arriba como potencialmente problemático y que rebasa el objeto de este específico *Tratado*. De hecho, creo que está más presente en el *Tratado* central, el *de los estados* (capítulo VI), que me parece dentro de esta monografía el más significativo y relevante de los tres, con serlo todos. Por su objeto, desde luego, es el más arraigado en su propio tiempo, sin las proyecciones de futuro que, bien es verdad que con cambios sustanciales aunque no siempre con clara resolución de contradicciones, aguardaban a la ley y a los derechos en el constitucionalismo decimonónico. Analizando la estirpe de influencias de la consideración de los estados en el proyecto, advierte convincentemente el autor que, más que buscarlas en textos concretos coetáneos, debemos considerar que « los comisionados de las Cortes simplemente daban forma a la herencia del derecho romano-común que conocían » tan bien, y que tenían su más difundida plasmación en aquellos años en obras como las de Asso y De Manuel, Sala o Dou (pp. 184-185). El lector lo puede comprobar incluso en extremos tan ligados a la legislación secularmente vigente en la Monarquía católica, y a la vez tan coherentes con la configuración constitucional de la Nación católica, como este: « Al unir certificado de nacimiento y partida de bautismo (art. 161) el proyecto vinculaba la existencia individual al sacramento (art. 153) » (p. 120); « Que para reputarse natural y no abortivo el feto para la sucesión y otros efectos de Derecho, se requiere que cuando nazca esté todo vivo; que nazca en tiempo legítimo, esto es, en el séptimo, nono o décimo mes, y no en el octavo o undécimo; que viva 24 horas, y que esté bautizado » (Asso y De Manuel, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, lib. I, tít. I, cap. I).

Pero la tradición no era inexorable en el contexto gaditano, en el que cuando se asumía, tanto en el plano de la ley fundamental como en el de la secundaria, era porque se decidía asumirla. Del mismo modo que cabe constatar, por tanto, discontinuidades en el ilustrado y jurisdiccional constitucionalismo del momento gaditano frente a la previa « constitución » de la Monarquía, sería posible hacerlo también en su propio transcurso histórico. La disrupción del sexenio que media entre 1814 y 1820 pudo haber tenido este alcance, y de hecho en la exposición que comentamos hay indicios de ello, como cuando se señalan entendimientos específicos de la comisión que tenía en sus manos la elaboración del proyecto de Código en relación, por ejemplo, con la expresión « ley fundamental » (p. 118), con la definición de ley del artículo 6 (p. 129), o con reservas más generales frente al texto constitucional (p. 150). Dejando constancia de estas insinuaciones, el autor prefiere la lectura global y conjunta de ambos períodos de vigencia constitucional, lo que es especialmente visible en este *Tratado*

*de los estados*, que, desbordante, no lo es en rigor del proyecto de Código sino, muy apropiada y generosamente, del constitucionalismo de Cádiz. Elementos tan medulares en él para la consideración de sus sujetos como las condiciones de religión, sexo, libertad, raza, familia o dependencia desfilan por las páginas de este capítulo, arracimando en torno a ellos textos de variada naturaleza (parlamentarios, doctrinales, normativos, administrativos, periodísticos...) generados en el transcurso de una cronología en la que no se hacen por lo común distinciones por períodos de vigencia.

Son intereses antiguos y persistentes del autor los que en este capítulo se ventilan, pues tuvo ya participación muy añeja en unas primeras polémicas historiográficas sobre cuestiones de estados en las que tuvieron, por cierto, bastante peso las que entonces podían presentarse como alteraciones del Trienio: lo hizo en *Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional*, un trabajo publicado en 1990 que separaba un primer epígrafe rotulado, casualmente, *El momento gaditano* (la significación de la expresión nada tiene que ver con la que da título al volumen antes repetidamente citado), con los restantes centrados en el Trienio<sup>(11)</sup>. Con estos enlaza la nueva visita de Carlos Petit a las cuestiones de estados, cuyos desarrollos tras el hiato absolutista no se presentaban en aquellas viejas páginas como necesariamente determinados por el estrictamente gaditano período (o momento) anterior. No hay ahora cita de ese artículo, ni para asumir sus planteamientos ni para marcar distancias; cualquiera de ambas posibilidades habría sido leída con atención por quienes seguimos la obra de Carlos Petit, en la que continúa muy vivo el interés sobre los elementos que integran este *Tratado de los estados*; lo muestra una secuela ya publicada de este libro que comentamos, sus *Españolas gaditanas*<sup>(12)</sup>. En esas muy recientes páginas, que tampoco recuerdan aquellas tan añejas<sup>(13)</sup>, podrá redondear el lector interesado la posición de nuestro autor sobre la condición de la mujer en el constitucionalismo de 1812.

Petit ha querido enriquecer su libro con la edición del propio texto del proyecto, ya impreso en la Imprenta Nacional en 1821 y que durante muchos años los estudiosos han consultado, sobre todo, en uno

(11) C. PETIT, *Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional*, en *Derecho privado y revolución burguesa. II Seminario de Historia del Derecho privado*, Girona, 25-27 de mayo, 1988, Id. (coord.), Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 87-122.

(12) C. PETIT, *Españolas gaditanas. En recuerdo de António M. Hespanha*, en «Quaderni fiorentini», 49 (2020), pp. 419-454.

(13) *Amos, sirvientes y comerciantes* tampoco se cita en PETIT, *Historia del Derecho mercantil*, cit., ni en C. PETIT, *Los códigos del Trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz*, en «Historia Constitucional», 21 (2020), pp. 106-137 (en línea).

de los volúmenes de la temprana y meritoria *Crónica de la Codificación Española* de Juan Francisco Lasso Gaité<sup>(14)</sup>, obra a la que se hace deferente y justa mención en las páginas que comentamos. Los ejemplares conservados de la edición decimonónica no parecen ser numerosos, a juzgar por los exiguos resultados (una docena de referencias) que arroja una búsqueda primaria en los sitios web más a propósito: el del Catálogo Colectivo del Patrimonio Bibliográfico Español (CCPBE), el de la Red de Bibliotecas Universitarias Españolas (REBIUN), y alguno adicional especialmente significativo en este caso, como el de la Biblioteca del Congreso de los Diputados. Hay acceso digital a uno de los tres ejemplares conservados en esta última, y ahora también al que posee la Biblioteca Universitaria de Sevilla, que ha sido, precisamente, el que ha transcrito el autor.

Me parece oportuna la decisión de reproducir de nuevo el proyecto, en cualquier caso, y por eso creo de interés en esta recensión comentar con algún detalle esta parte del libro (pp. 267-378). Las ventajas de esta nueva edición no derivan solo del hecho de corregir las erratas, omisiones y desviaciones en las que incurrió Lasso Gaité, leves pero dignas de considerarse y ya también salvables acudiendo a las ediciones digitales. Aparte de la comodidad que supone para el lector tener a mano el texto completo para ir siguiendo adecuadamente la exposición del autor, este se ha tomado el trabajo de anotarlo, enriqueciéndolo con apostillas de naturaleza diversa.

Las más evidentes salvan descuidos tipográficos cuya corrección se pasó por alto en la edición original; son por lo general menores, pero no siempre (las notas 195, 206 y 211 enmiendan erratas en la numeración de capítulos), y alguno hay que tal vez requeriría alguna explicación adicional (nota 14 en p. 279, con un juego no del todo claro, según me parece, entre « nación » y « noción »). La impresión de 1821 incluía su propia « fe de erratas », reproducida con fidelidad por Carlos Petit, quien conserva en la corta relación el número de la página y de la línea del impreso original en el que cada errata se encontraba; y se encuentra, pues ahí sigue también en la nueva edición. Es opción desde luego válida, porque nuestro autor se ha preocupado de intercalar, entre corchetes y a lo largo de todo el texto, los números de página originales; por ello, desde la fe de erratas se puede ir sin problemas al lugar preciso del texto que es susceptible de corrección. Cabían otras opciones, sin embargo, y una de ellas habría sido corregir en el mismo texto las erratas señaladas por los editores originales e indicarlo en nota, sin perjuicio por supuesto de reproducir también la fe de erratas original.

La que acabo de sugerir me parece opción preferible, y no me importa sostener esta opinión confesando una persistente mala lectura por mi parte: la segunda de las nueve entradas de la fe de erratas de

---

(14) Vol. 4.2, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

1821 advertía, tras la indicación de página y línea, lo siguiente: « dice interior, léase inferior »; el error estaba en un párrafo del *Discurso preliminar* en el que la comisión de las Cortes que estaba elaborando el Código explicaba la regulación que proponía en su parte primera, libro II, (*De los derechos y obligaciones con respecto a las personas según su diferente condición doméstica*), título IV (*De la condición de superior y dependiente*), rúbricas que ya de por sí pueden dar idea de lo profundamente que afectaban al derecho de igualdad legal, no reconocido expresamente en la Constitución de 1812 pero sí en el artículo 34 del proyecto de Código. La comisión expresaba en ese pasaje que no se había « entregado a teorías seductoras, que destruirían en su raíz la envidiable paz doméstica », y por ello asumía que el « pobre bracero, el sirviente doméstico, que reciben su sustento de otro, aunque sea en cambio de su trabajo, de hecho están desnivelados y en una posición interior [i.e., inferior] a la de aquel que los emplea ». Reconozco que siempre me había parecido un acierto pleno ese « interior », adjetivo capaz de combinar la precisión esperable en un texto jurídico con la eficacia y hasta la belleza necesarias para captar y conducir al lector en la motivación preliminar; conectaba, además, con expresiones ya utilizadas en pasajes anteriores muy cercanos, que se pueden leer en la justificación genérica del libro II antes indicado: « asegurar a cada uno dentro de sus mismos hogares »; « el interior de las casas es el taller donde se forman las costumbres »; « la vida privada e interior, por decirlo así » (pp. 20 y 21 del impreso original). Así, el calificativo, con su errata y en mi lectura, deslizaba desde la materialidad de la casa hacia la personalidad de quien encabezaba la corporación familiar, desde la sólida frialdad de los muros a la cálida presencia del padre, esas posiciones subordinadas del bracero y del sirviente, inferiores desde luego, pero también hermosa y rigurosamente « interiores », personas singulares dentro de la persona colectiva representada por quien la encarnaba. Y ahora veo, gracias a Carlos Petit y a su llamada de atención sobre la fe de erratas que a mí se me había pasado por alto (y eso que tengo a mano desde hace años una fotocopia de la impresión de 1821 y no suelo acudir a la edición de Lasso Gaité, que la omite), que todo lo que he dicho a mis alumnos sobre ese « interior » (la última vez hace unas semanas, durante este mismo curso académico), se basaba en una errata. Si hubiera tenido una edición que me lo advirtiese en nota, en ese mismo lugar, no habría insistido tanto en mi equivocada lectura.

La mayoría de las notas de la edición no tienen que ver, claro está, con las erratas. Las hay de identificación de referencias normativas y doctrinales, que son útiles y aclaratorias y que abundan en el *Discurso preliminar*. Otras son las que predominan en el zócalo del articulado, donde encontramos desde luego las esperables remisiones al universo normativo al que el proyecto pertenecía (la propia Constitución, el Reglamento de las Cortes, la Colección de Decretos, el Código penal, el proyecto de Código de Procedimiento Criminal) y al precedente (muy

escasas), pero donde hay, sobre todo, notas de concordancia con la regulación de códigos coetáneos. A veces con cita literal del precepto citado, a veces sin ella, en ocasiones con indicación expresa del carácter singular de nuestro texto, y sin que falten consideraciones comparativas entre los mismos que se citan, un conjunto de códigos europeos está permanentemente a la vista del curioso lector: el *Code* de 1804 y los códigos de las Dos Sicilias y de Parma son los que destacan en cuanto a cantidad de referencias, los tres muy igualados; bastante por detrás en número de citas se sitúa el del cantón de Vaud, y aún más atrás, aunque cerca de este, el ABGB austríaco.

Un aparato de concordancias es, por sus zonas grises, tan difícil de hacer como de valorar. No haría falta decir lo obvio: nada más lejos de la intención del autor que presentar como determinantes los precedentes que se van citando, y ninguna lectura más superficial que la que así lo estimara, o más malintencionada que la que pretendiera que el aparato de concordancias conduce por sí mismo a tan desviada lectura; hay distanciamiento expreso: « el pormenor de los diversos componentes no sirve de mucho para estudiar el texto en su profunda originalidad » (p. 103; también pp. 111-112). Este conjunto de referencias queda, en todo caso, a disposición del estudioso para desbrozar el inicio de cualquier indagación ulterior, pero no es esa su más trascendente función: indica un contexto, aunque en sí no lo caracterice, y evoca lecturas (cuya utilidad se daba en su tiempo por supuesta, pp. 100-102) de quienes materialmente escribieron los preceptos del proyecto, sin pretender que fueran únicas o decisivas. Solo por esto ya habría merecido la pena el trabajo de búsqueda y de ordenación de estos datos en las notas al texto editado. Para indicaciones de mayor calado ya está la monografía previa.

Más notas hay, añadiendo elementos sustantivos a la investigación del autor. Algunas identifican fuentes: me parece especialmente destacable a este respecto el señalamiento del *Digestum romano-hispanum* de Juan Sala como fuente de la regulación sobre las pruebas (menudean las indicaciones entre las notas 175 y 204), aportación esta que solo se encuentra en este lugar de la obra de Carlos Petit, pues el autor no entra en esta muy llamativa cuestión en el cuerpo principal de su monografía. Y hay notas que aportan fuentes relevantes para la valoración: muy oportunas son las que transcriben, tomándolas de las *Actas de la Comisión de Constitución*, las definiciones de los principales derechos (libertad, propiedad, seguridad e igualdad) que se formularon en su momento para integrarse en la propia Constitución de 1812 y que finalmente quedaron fuera de ella: el contraste que presentan con las que se incluyeron en el proyecto es tan llamativo que se entiende bien que el autor haya tenido que considerarlo en el lugar más específico de su monografía (capítulo VII, *Tratado de los derechos*); lo hace, en efecto (cfr. nota 87 de p. 232), con respecto a seguridad (también nota 151 de p. 254), libertad y propiedad y con olvido sin embargo de la definición

de igualdad, lo que tiene sin duda su causa en un puntual descuido en el manejo y cita de las *Actas de la Comisión de Constitución*, pues remitiendo las páginas que el autor señala a la sesión del 10 de abril de 1811, el contenido corresponde a la del 29 de marzo, siendo así que la igualdad se decide incluir en el proyecto constitucional el 5 de abril<sup>(15)</sup>. Es un despiste menor, que se enmienda además en la nota 98 de p. 313 (al artículo 51 del proyecto de Código civil), pero que nos priva de las posibles consideraciones que el autor hubiera podido hacer, desde luego a mayor abundamiento y en coherencia con la rendición ante las desigualdades a la que el proyecto se resignaba a cada paso, sobre la base de una definición de igualdad que pasó de tener su centro en el « uso y goce » de los derechos (así en la Constitución proyectada) a fijarlo finalmente en su « reclamación » (así en el proyecto de Código); evidentemente ni una expresión ni otra implicaban la atribución igual de derechos (como sí lo hacía la definición del *Catecismo* de Juan Corradí, muy pertinentemente transcrita en p. 232), pero la segunda daba mejor cobertura a un reconocimiento diversificado.

Más casos hay en los que el lector encuentra en las notas de la edición materiales y reflexiones que podrían haberse esperado en el estudio monográfico: en el capítulo VI (*Tratado de los estados*) habrían tenido tal vez mejor acomodo los textos de Portalis y Maleville sobre familia y potestad paterna que se reproducen en la nota 45 al *Discurso preliminar*, o la opinión de Mariano Peset sobre la compleja regulación de edades (nota 103 en p. 314, que ha de considerarse en relación sobre todo con nota 139 de p. 195), o la del mismo Peset sobre derecho de la mujer (nota 116 en p. 316), en estos dos últimos casos con apostilla del autor. Es, se dirá, cuestión de opciones, y es cierto. Las del autor hacen imprescindible, y eso es lo que aquí pretendo recalcar, la lectura de las notas de su edición.

Con sus flancos abiertos a la discusión, esta obra excelente de Carlos Petit es de lectura imprescindible para el conocimiento de los inicios de la historia jurídica española contemporánea, y por lo tanto también de este presente nuestro al que pertenece la visión del pasado aquí forjada; es, esta última, condición necesaria de toda historiografía, y en este caso la cumplen con especial intensidad los tres *Tratados* de la segunda parte del libro: cómo se contemplan, desde hoy y para entonces, leyes y derechos, y desde luego también estados, es significativo de cómo se sienten hoy las realidades a las que puede aludirse con los mismos o equivalentes términos. Lo que se ofrece en este libro supera lo ordinario: que la información sea tan abundante que se quede a veces al filo del desbordamiento es síntoma de lo mucho que se puede

---

(15) F. SUÁREZ (coord.), M.C. DIZ-LOIS (Estudio preliminar), *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976, pp. 78-83.

aprender en él, y que la interpretación sea tan sugerente que roce en ocasiones el desafío es indicador de la fuerza con la que reclama el debate.

JESÚS VALLEJO

STEFANO SOLIMANO, *‘Il buon ordine delle private famiglie’. Donazioni e successioni nell’Italia napoleonica*, Napoli, Jovene, 2021.

Cosa intendiamo per modernizzazione del diritto? Una fase di transizione può esprimere un momento di innovazione giuridica? E ciò può costituire un problema d’interesse storiografico? La nuova ricerca che Stefano Solimano ha da poco pubblicato in tema di donazioni e successioni nell’Italia napoleonica, fornisce alcune risposte interessanti a queste domande. Nel solco di altri suoi riusciti saggi <sup>(1)</sup> e sviluppando in modo originale alcune prospettive sulla storia del dopo codice, aperte dagli studi di Adriano Cavanna e Pio Caroni <sup>(2)</sup>, lo studioso milanese ci illustra una nuova vicenda di *Wirkungsgeschichte* <sup>(3)</sup> del *Code civil* fuori dalla Francia. Qui il Codice per eccellenza, invece che essere preso in

---

<sup>(1)</sup> Si pensi all’ampio studio sul divorzio svolto in S. SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d’Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, Giappichelli, 2017. Questa linea di ricerca è stata sviluppata dall’Autore anche attraverso altri saggi, tra i quali ricordiamo ID., “*Il codice civile e la sua compagna*”. *Riflessioni in margine al bicentenario della codificazione delle due Sicilie*, in *Il “Codice per lo Regno delle Due Sicilie”. Elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico*, a cura di F. Mastroberti, G. Masiello, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 471-499; ID., “*Italianiser les lois français*”. *Ancora sulle traduzioni del Codice Napoleone (1803-1809)*, in «*Rivista di storia del diritto italiano*», XCI (2018), pp. 21-50; ID., *Bonaparte et les îles ioniennes. Francisation juridique en difficulté. Notes pour un approfondissement*, in *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, edited by B. Coppein, F. Stevens, L. Waelkens, Brussel, Koninklijke Vlaamse Acad. van België voor Wetenschappen en Kunsten, 2011, pp. 245-265.

<sup>(2)</sup> In particolare A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in «*Europa e diritto privato*», 1 (2001), pp. 85-129; P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, in «*Index. Quaderni camerti di studi romanistici*», 29 (2001), pp. 55-81.

<sup>(3)</sup> Il riferimento alla concezione dell’ermeneutica in H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 1960, in particolare in relazione al rapporto tra comprensione e applicazione, è menzionato esplicitamente in SOLIMANO, *Amori in causa*, cit., p. XIII. Del resto la lezione di Gadamer ha avuto ricorrenze nella riflessione filosofico-giuridica sul diritto giurisprudenziale nei

esame in quanto ‘modello’ di codificazione, viene considerato nella sua applicazione e nel suo valore di ‘innesco’ — in un senso, però, eventuale (4), piuttosto che causale — rispetto al processo di configurazione del diritto nel nuovo contesto dell’Italia napoleonica. La storia del codice viene dunque considerata come la *storia degli effetti della codificazione*, come la storia dell’ « inveroamento » del codice (5), in una complessa fase di transizione per l’Italia del primo Ottocento. Torneremo fra poco sul problema dell’inveroamento. Soffermiamoci ora sulla scelta del quadro transizionale.

Questo, infatti, mi pare rappresenti un primo profilo di originalità del libro che abbiamo di fronte. Occorre osservare che di solito è la coppia concettuale continuità/discontinuità, ad essere impiegata come categoria analitica, quando si tratta di cercare la prospettiva di senso del diritto, oltre la sua riduzione formale, nel rapporto con la dimensione sociale e politica. Qui, però, il problema continuità/discontinuità è l’oggetto da (più che uno strumento per) storicizzare, nel senso che, come evidenziato nel libro, « il paradigma continuità/discontinuità viene assunto in una prospettiva strumentale » (p. 98) dagli stessi protagonisti della vicenda. Solimano, consapevole di questo, costruisce la sua prospettiva d’indagine avvalendosi del portato euristico della transizione.

Ad un simile approccio si ricorre raramente nella riflessione giuridica, a differenza di altri campi delle scienze sociali (6). Eppure, soprattutto quando ci interroghiamo sull’innovazione giuridica, è pro-

decenni scorsi. In storiografia Paolo Grossi ne ha riconosciuto il rilievo in scritti come P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza 2006; ID., *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017 e già a partire dal numero dei « Quaderni fiorentini », VII (1978), dedicato ad *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*.

(4) Secondo un approccio, cioè, interessato a comprendere le sottrazioni dell’*a posteriori* dal proprio *a priori* concettuale, per cogliere la risignificazione che l’*a priori* stesso subisce in tal processo. Cfr. C. ROMANO, *L’événement et le monde*, Paris, PUF, 1998 e ID., *L’événement et le temps*, Paris, PUF, 1999.

(5) SOLIMANO, *Amori in causa*, cit., p. XIV.

(6) Per una riflessione aggiornata si vedano P. COSTA, *La “transizione”: uno strumento metastorografico?*, in « Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto », 1 (2019), pp. 13-41; M.P. GUERRA, *What is legal transition? Thoughts on legal change amidst a political transition (Brazil, 1980-2002)*, in *Innovation and transition in law. Experiences and theoretical settings*, edited by M. Meccarelli, C. Paixão, C. Roesler, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 45-65; Cfr. *La transizione come problema storiografico. Le fasi critiche dello sviluppo della modernità*, (a cura di) P. Pombeni, H.-G. Haupt, Bologna, il Mulino, 2013; C. CORNELISEN, L. LACCHÈ, L. SCUCCIMARRA, B. STRÄTH, *Ripensare la transizione come categoria storiografica: uno sguardo interdisciplinare*, in « Ricerche di Storia Politica », 2 (2018), pp. 191-203; A. THIER, *Time, Law and Legal*

prio il tempo della transizione a essere chiamato in causa (7); ciò perché l'innovazione *nel* diritto non è una categoria di carattere trascendentale, ma essenzialmente esprime un *modo di vedere* il diritto nella società, che sconta sempre il valore relativo dell'angolo di osservazione. Pertanto, essa difficilmente può essere considerata indicatrice di un regime del diritto suscettibile di storicizzazione (semmai è storicizzabile il fatto che un mutamento giuridico sia stato proposto o percepito come innovativo). Viceversa la transizione, in quanto condizione temporale ascrivibile, capace cioè di attribuire al diritto caratteri e contenuti specifici, rappresenta a pieno titolo un *regime giuridico*, poiché, determinando uno *stato di impermanenza*, costituisce un *certo modo di essere* del diritto. Considerato in questo senso, il tempo della transizione può ben costituire uno spazio di accadimento dell'innovazione giuridica, rilevante per la ricostruzione storica.

La vicenda descritta nel libro che stiamo commentando è un chiaro esempio di quanto veniamo affermando. La nuova regolazione normativa, orientata a introdurre un principio di parità successoria, si deve confrontare con la persistenza di pratiche sociali, che riflettono una diversa concezione degli assetti patrimoniali, delle forme di trasmissione del patrimonio e dei rapporti di gerarchia interni ai nuclei familiari. C'è poi dell'altro: l'innovazione giuridica provoca anche un problema di applicazione retroattiva delle norme del codice civile, poiché si riflette sulle rinunce alla successione *propter dotem*, avvenute prima del nuovo codice, ma relative a fatti successori determinatisi dopo la sua entrata in vigore. La ricostruzione di Solimano registra tanto le oscillazioni giurisprudenziali, quanto le preoccupazioni che, in merito allo scarto tra rappresentazione normativa e fatto sociale, emergono all'interno degli apparati dell'ordinamento giudiziario e del Ministero della Giustizia. La vicenda fu tanto rilevante, da spingere il Ministro Luosi a sollecitare sulla questione un'inchiesta (i cui atti vengono raccolti nell'utile e ampia appendice documentaria del libro).

Ecco, dunque, il quadro giuridico impermanente in cui si colloca il problema dell'applicazione di quelle nuove norme. Si tratta di un tempo di transizione, che risulta essenziale per esaminare le configurazioni giuridiche; esso permette di riscoprirle nel loro valore situazionale e, dunque, di avere contezza degli originari vincoli di sostenibilità dell'azione modernizzatrice prodotta da quel codice civile.

---

*History — Some Observations and Considerations*, in «*Rechtsgeschichte — Legal History*», 25 (2017), pp. 20-44.

(7) Per una trattazione più circostanziata di questo problema si permetta di rinviare a M. MECCARELLI, *Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodological approach from legal history*, in *Innovation and transition in law*, cit., pp. 23-44.

Il libro ha il merito di dimostrarci quanto la comprensione storica dell'esperienza della codificazione in Italia, dipenda dalla possibilità di portare l'attenzione su fasi temporali circoscritte, ma che permettono affrancamenti da una pre-comprensione del tempo come unità di misura dell'esperienza storica uni-direzionale e neutrale. Esse, infatti, rendono possibile osservare profili sincronici tra i diversi fattori che configurano il quadro temporale (si pensi agli intrecci continuità-modernità, tradizione-cambio, transizione-costruzione). È questa una prospettiva analitica che può arricchire non solo le specifiche ricerche dedicate alla fase napoleonica, ma anche la storia della codificazione e dei codici, articolata su una cronologia più ampia, dove vengono in primo piano i profili oppositivi tra i fattori che configurano il quadro temporale (si pensi a continuità/cambio; tradizione/modernizzazione; transizione/rivoluzione). E, infatti, l'analisi svolta in questo libro permette all'Autore di riscontrare come « lo spirito dei codici civili della Restaurazione affondi le sue radici nella temperie dell'Italia napoleonica » (p. 98), in una sorta di effetto ultrattivo del 'momento napoleonico' sugli sviluppi successivi.

Quanto fin ora osservato ci porta a considerare l'altro aspetto di particolare originalità che emerge dalla ricerca, al quale si era accennato sopra, quello relativo all'*inveramento* del codice. La scelta di studiare la storia del codice in una prospettiva di *Wirkungsgeschichte* porta Solimano a conseguire risultati che vanno ben oltre la mera ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali. Del resto, il problema della devoluzione successiva, « questione ad alta densità politica » (p. 7), qui sembra interessare come prisma per comprendere la visione del rapporto tra diritto e società, da parte dei giuristi e degli uomini politici impegnati a dare forma al progetto di modernizzazione del diritto.

La giurisprudenza, studiata con l'intento di « saggiare la cultura, la capacità, le tecniche argomentative dei giuristi italiani nei diversi ruoli » (p. 65), ci appare inserita in un ordito, in cui si intrecciano piani analitici differenti; sono piani contestuali determinanti, poiché permettono di cogliere lo svolgersi del dibattito, in dottrina e nelle istituzioni, sulle prospettive di senso della innovazione giuridica rappresentata dal nuovo codice civile. La trattazione fornisce, dunque, una ricostruzione attenta dei profili tecnico-giuridici del problema — anche riuscendo a rendere bene il rapporto dialettico, che su quei temi si instaura con la giurisprudenza francese, pure chiamata a confrontarsi con il problema — ma senza collocare lo studio degli istituti successivi, in una prospettiva di storia dei dogmi. Al contrario, qui le figure giuridiche illustrate vengono sottratte alla sospensione dogmatica, grazie alla collocazione della giurisprudenza in un contesto discorsivo ben più ampio, dove è possibile ritrovare anche elementi di interesse per la storia sociale (si pensi al problema di genere che emerge dallo studio delle rinunce delle figlie alla successione, o, più in generale, alla conflittualità tra fratelli) e soprattutto per la storia delle istituzioni (si pensi ai rapporti interni tra

le varie cariche giudiziarie e di governo e rapporti esterni con gli interlocutori istituzionali in Francia, ma anche alle ricostruzioni del ruolo dei grandi protagonisti della scena politico-giuridica come ad esempio Luosi e Romagnosi, di cui il libro da conto). Del resto, le fonti archivistiche inedite, che costituiscono la base della ricerca, sono un continuo stimolo a cogliere l'intreccio tra i diversi piani dell'elaborazione del pensiero giuridico, del ragionamento giuridico, del disegno e della strategia politica, della dinamica dei processi istituzionali, delle vicende biografiche.

Per restare, però, all'ambito più specificamente giuridico un dato interessante emerge in relazione alla fenomenologia storica della forma codice. La questione che ha a lungo impegnato e ancora impegna la storiografia circa il modo di interpretare la convivenza tra diritto vecchio a diritto nuovo, appare superato dalla prospettiva dischiusa dal volume. A questo riguardo il problema ricostruttivo per la storia diventa la dialettica tra « vecchi e nuovi assetti (sociali, politici ed economici) » rispetto ai quali i soggetti coinvolti si collocano in modo variabile, in ragione degli specifici interessi di cui sono portatori o che intendono curare. È anche un problema di *forma mentis* di giuristi i quali, formati nell'antico regime, tendono a vedere o cercare nel codice i materiali della tradizione. Il codice civile, osservato nella dimensione degli effetti e delle conseguenze, appare, dunque, come un oggetto « modellabile o addirittura devitalizzabile dal suo artefice in sede applicativa ogni qual volta le concrete esigenze politiche lo impongano » (p. 98).

Va qui osservato che tali evidenze non portano a evocare una giustapposizione tra codice progettato e codice applicato, utile ad evidenziare il fallimento di un disegno strategico di rinnovamento del diritto, di fronte alle insuperabili resistenze della tradizione. Le pagine del libro sembrano chiarire che non si tratti di una mera antitesi tra scelte di politica del diritto e cultura giuridica, tra teoria e prassi, tra pensiero giuridico e diritto vivente; le vicende ricostruite, piuttosto, ci presentano angolazioni diverse e piani simultanei di svolgimento di una stessa storia.

Del resto, si potrebbe aggiungere che la *compresenza di tempi* costituisce un carattere della dimensione dell'esperienza, soprattutto nella transizione giuridica. In essa, infatti, si moltiplicano i regimi di storicità<sup>(8)</sup> cioè le percezioni del rapporto tra passato, presente e futuro, che stanno alla base della coesione sociale e dell'interesse a

---

(8) F. HARTOG, *Régimes d'historicité: présentisme et expériences du temps*, Paris, Seuil, 2012; C. PAIXÃO, *Tempo presente e regimes da historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito*, in *As formas do direito. Ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*, organizzador R.M. Fonseca, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 77-87.

coesistere. Si determina, cioè, un disallineamento dei punti di vista sul tempo storico, con riflessi rilevanti sugli orizzonti di possibilità del diritto e di qualsiasi progetto di modernizzazione giuridica, anche ove la sua esecuzione si affidi ad uno strumento performante come il codice civile.

Leggendo questo nuovo saggio di Stefano Solimano appare ancora più chiaro che, se in un mutamento giuridico ci interessa individuare e comprendere l'esperienza dell'innovazione, è dentro il quadro della transizione che dobbiamo cercarla.

MASSIMO MECCARELLI

MARIO STELLA RICHTER jr, *Racconti ascarelliani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

1. Ci sono tante buone ragioni per recensire il bel libro di Mario Stella Richter jr. Comincio da una di esse, forse la più sorprendente: nei *Racconti ascarelliani* è come se il *soggetto scrivente* si celasse per non darsi troppo a vedere, mirando più volentieri alla tessitura di una trama 'incompiuta', una sorta di *screenplay* in cui tempi, pause, *flashback*, campi lunghi e primi piani concorrono, tutti insieme, a raccogliere tanti autori (spettatori) quanti sono i suoi lettori.

Non stupisce, allora, che il libro abbia già raccolto le recensioni di autorevolissimi studiosi che, nelle loro *riletture*, ne hanno ampliato il perimetro testuale, raccogliendo — ciascuno con la propria sensibilità — tracce, piste e suggestioni che l'A. ha disseminato fra le pieghe della scrittura. Penso alle dense pagine di Piergaetano Marchetti, che ricorda per nome il gruppo nutrito di giovani intelletti che si sono radunati nel tempo attorno alla *Rivista delle società*, facendo rivivere, a partire dai *Racconti* di Stella Richter jr, il fervore intellettuale che Ascarelli seppe imprimere a un periodico fedele a un metodo e aperto all'innovazione<sup>(1)</sup>. È del tutto evidente che una *Rivista* non verrebbe alla vita senza il *medium* della scrittura, si potrebbe anche aggiungere però — con una bella immagine di Pietro Costa — che è proprio la scrittura a trattenere « la testimonianza », rendendola « tendenzialmente stabile » e sottratta al tempo<sup>(2)</sup>. In questo suo 'sottrarre al tempo' la memoria, in un certo modo, però, la pietrifica. Per la *Rivista* di Ascarelli, allora,

(1) Cfr. P. MARCHETTI, *Racconti ascarelliani*, in « Rivista delle società », LXV (2020), 2-3, pp. 865-870.

(2) Cfr. P. COSTA, 'Dire la verità': una missione impossibile per la storiografia?, in « Quaderni fiorentini », XLIX (2020), p. 13.

interrogarsi « sul proprio fondatore e sul proprio DNA », equivale a restituire alla sua più autentica dimensione storica (e umana) gli spazi materiali, culturali e mentali che hanno fatto di un'impresa editoriale un'autentica officina di esperienze e intelligenze. A primeggiare — in questo esercizio di *Eingedenken* — l'inesausto interesse di Ascarelli per i percorsi di ricerca dei giovani, con la sua non comune generosità, senza mai curarsi « di burocratici rapporti accademici di assistentato »<sup>(3)</sup>.

Uno dei *Racconti* è per l'appunto dedicato dall'A. al magistero di Ascarelli. Pagine che, con la tessitura 'letteraria' che connota l'intero libro, chiamano il lettore a condividere emozioni e sentimenti, ma anche a riflettere — con un pathos simile a quello di George Steiner — su quanto siamo riusciti a trattenere, nelle nostre vite, del riverbero della *Lezione dei Maestri*<sup>(4)</sup>.

A soli ventitré anni Ascarelli vestiva già l'*habitus* del Maestro, benevolo ma severo ad un tempo. Lo si vede chiaramente in una recensione in cui per incoraggiare l'Autore (suo coetaneo!), ammette che il volumetto è « lodevole nelle sue intenzioni », ne critica però l'impianto e la carenza di letture meditate. Le sue osservazioni: « i giovani (*e potrei scrivere noi giovani*<sup>(5)</sup>) non possono cimentarsi in occasione della tesi di laurea nella ricostruzione di vasti istituti », sicché « un giovane che si accinge a questa fatica pecca d'orgoglio e sconta il suo peccato nella impossibilità di approfondire la materia »<sup>(6)</sup>.

Ascarelli tenne sempre rapporti affettuosi con i suoi allievi (anzi-tutto, con Giuseppe Auletta, Luca Buttaro e Berardino Libonati), « fu larghissimo di incitamenti, incoraggiamenti e consigli con tutti i giovani meritevoli che gli si avvicinarono attratti dal suo fascino magnetico ». Con le parole della moglie, Marcella Ziffer, « l'interesse che provava per i giovani e la sua passione pedagogica, nella tradizione la più classica, lo dominò sempre; anche a Roma, nel suo grande studio, riuniva piccoli gruppi di giovani aspiranti agli studi (ultimamente l'appassionavano i problemi storici e filosofici e politici) ed era contento di sacrificare loro

<sup>(3)</sup> MARCHETTI, *Racconti*, cit., p. 865.

<sup>(4)</sup> Di G. Steiner, mi piace a tal proposito ricordare un brano dal suo *Errata. Una vita sotto esame*, trad. it., Milano, Garzanti, 1998, p. 56: « Quando un giovane è stato esposto al virus dell'assoluto, quando ha visto, udito, 'odorato' la febbre in coloro che sono alla ricerca della verità disinteressata, gliene rimarrà come un riverbero. Per il resto della loro carriera e della loro vita privata, magari del tutto normali, prive di distinzione, queste persone possederanno una protezione contro il vuoto ».

<sup>(5)</sup> Nostro il corsivo.

<sup>(6)</sup> Mi sia consentito di rinviare a F. MIGLIORINO, *Letture corsare di Tullio Ascarelli. Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 14 e s., 52-54.

i suoi sabato pomeriggio, le sue domeniche pur di dar loro le direttive e insegnar loro come pensare e discutere » (p. 85 e ss.).

Dopo il suo reintegro nel ruolo di professore ordinario, fu molto combattuto se restare nell'amato Brasile o riprendere l'insegnamento a Bologna (7). Come gli era capitato in altri momenti della vita, visse la scelta da prendere alternando momenti di grande scoramento a slanci di fiduciosa speranza. Dalle macerie lasciate dal fascismo e dalla guerra, riteneva comunque « importantissimo il compito di preparare i giovani per una futura classe politica di cui lamentava la totale assenza » (p. 87 e s.).

Si potrebbe aggiungere ancora una preziosa testimonianza sul progetto di Ascarelli di costituire – nei primi anni cinquanta – un cenacolo in cui formare le intelligenze più brillanti secondo le sue idee di metodo e di impegno civile. Erano gli anni in cui si consumava la definitiva rottura con Walter Bigiavi. Auletta scrive al Maestro per manifestargli il suo desiderio di contribuire per questa via alla crescita culturale e scientifica di un suo allievo: « Carissimo Professore, la Sua idea di raccogliere intorno a sé dei giovani, che lavorino con reciproci rapporti, mi pare veramente ottima [...]. Sono persuaso che non è facile essere idealmente allievi di Bigiavi, nel senso reale della parola. Un certo metodo di lavoro minuzioso e scrupoloso lo si può apprendere da chiunque, fino a tanto, ci arrivo anch'io. Per il resto il rapporto di allievo è sicuramente un rapporto di derivazione spirituale, che presuppone nel maestro la capacità di idee veramente larghe, di direttive vaste, che poi generano nell'allievo una certa sensibilità ed una certa forma mentis. Il giovane ha bisogno di estrema libertà e, insieme, di punti di orientamento veramente fecondi; se si lavora in campi particolari, senza impostazioni proprie di carattere generale, non si fanno allievi, se non nel senso di individuare i giovani capaci, far loro apprendere una certa tecnica ed incoraggiarli nel lavoro » (8).

Un documento di indicibile bellezza, dunque, che ci fa rivivere la piena condivisione, tra Maestro e allievo, di una visione nobilissima della vita accademica e del lavoro intellettuale. A rileggerla, tanti anni dopo, ci aiuta a dare una risposta *possibile* alle ragioni della attuale, vigorosa messe di studi su Ascarelli, un giurista che fino a pochi anni fa sembrava ormai consegnato ai 'Giganti del passato'. Come fa rilevare Mario Libertini, « in un momento come l'attuale, in cui la produzione giuridica italiana segue spesso la moda filosofica del 'pensiero debole',

---

(7) I suoi timori e le sue incertezze li manifestò più volte, con toni angosciati, nelle lettere alla moglie: T. ASCARELLI, *Pensieri e lettere familiari*, a cura di P. Femia, I. Martone, I. Sasso, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, soprattutto p. 96 e ss.

(8) Lettera del 16 ottobre 1953. Il carteggio Ascarelli-Auletta, su cui ho in animo di condurre uno studio, è conservato presso l'Archivio Tullio Ascarelli, fondo *carte private*.

e altrettanto spesso ritiene il suo compito limitato all'esegesi delle decisioni giurisprudenziali, il modello di giurista che Ascarelli aveva in mente appare nobile e monumentale»<sup>(9)</sup>. Forse, proprio da queste lucide considerazioni sarebbe utile partire, ma anche dalle pagine davvero notevoli che José Miguel Embid Irujo dedica al nostro libro. Soprattutto, là dove il professore di Valencia riesce a cogliere nel recupero della *doctrina magistral* (e della sua memoria) una forma di resistenza alla decadenza dell'intellettuale nel mondo contemporaneo. Se, infatti, nell'esperienza universitaria «ha sido permanente la apreciación de este tipo de legados, ya que, al fin y al cabo, la institución misma sólo puede sustentarse en una continuidad, de cuño esencialmente intelectual, a la vez consciente y constante», sono tanto più ammirevoli i diversi, variegati, difficili e talvolta leggendari percorsi di Tullio Ascarelli, con il loro potere di fascinazione, oggi più di ieri, al cospetto di un tribolato tempo storico, così incline «a la confusión, al enfrentamiento civil y a la melancolía»<sup>(10)</sup>.

2. I *Passages* di questo libro ci restituiscono la vivida immagine di Ascarelli nella sua più autentica dimensione umana. Da un capitolo all'altro, tempi e scene cambiano continuamente di posto, insieme agli sguardi di chi lo osserva per vederlo, di volta in volta, quand'era fanciullo, studente, politico, professore o avvocato. I titoli lasciano intravedere una seducente tela di significati simbolici: *Il 20 novembre 1959; Gli Ascarelli prima di Tullio; In cima alla magnolia; La formazione del giurista; Una storia ferrarese; L'animale politico; Il professore; L'esodo; La salita (aliyah); L'avvocato; Il maestro; Congedo*. Molto belli alcuni affreschi, di cui si serve l'A. per rendere più intensa l'ambientazione del suo racconto. Penso, soprattutto, alle scene dedicate al periodo ferrarese (pp. 41-43) e alla «polvere nera come fuliggine» che dal cielo asfissia l'aria di Parigi occupata dall'esercito del Terzo Reich (p. 62 e s.).

Per quanto Stella Richter jr, con la sua consueta eleganza, si schermisca dallo sguardo di «chi legge tutto», questi suoi *Racconti* si mostrano, nella loro trama e nelle loro tonalità, come qualcosa di più e di diverso dai precedenti contributi (gli *otia*, come li chiama!) pubbli-

---

(9) Cfr. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in «Il diritto commerciale d'oggi», IV (2005), 3, <<http://dircomm.it/2005/n.3/02.html>>, consultato il 6 febbraio 2021, che aggiunge amaramente: «viene da chiedersi se oggi la società civile e il mondo politico esprimano il bisogno di giuristi di questo tipo, e se giuristi di questo tipo possano esistere senza una società civile e un ceto politico che ne reclamino l'esistenza».

(10) Cfr. J.M. EMBID IRUJO, *Las Trayectorias de Tullio Ascarelli*, in «Commenda», 12/10/2020, <<https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/las-trayectorias-de-tullio-ascarelli>>, consultato il 02/02/2021.

cati nel corso degli ultimi dieci anni. Prova ne sono le pagine iniziali, tra le più intense e pregne di significato sulla *creaturale* condizione umana di Ascarelli in quel mesto e inaspettato 20 novembre del 1959: « Doveva essere stata una di quelle giornate in cui non è più autunno, ma non ancora inverno: la cui nota di fondo è quella di una profonda mestizia e i cui ricordi restano in 'bianco e nero'. Ascarelli aveva compiuto da poco 56 anni. E la sua scomparsa produsse quel senso di sgomento e di costernazione proprio delle morti non annunciate ». La fragilità del *corpo* che soccombe alla malattia non riusciva a piegare la « forza eccezionale » che emanava dalla sua persona, anche in ore di grande sofferenza il suo pensiero andava ai lavori già in stampa e a quelli da mettere in cantiere, quasi una forma di « resistenza estrema opposta alla morte ». In quelle ore, ci piacerebbe immaginare che abbia ripensato alla vacanza in Engadina di pochi mesi prima, quando in una lettera ai familiari descriveva il cielo stellato di Kant « sulla nostra testa e sulle nuvole in noi come le vere meraviglie » (p. 7, 9).

Il nostro libro comincia, dunque, come narrazione della perdita, per costruirsi nelle pagine a seguire con uno sguardo tipicamente cinematografico. È lo stesso A. a rendere esplicito l'ordito della sua trama: « Ma chi era esattamente questo grande uomo, quel sommo giurista che, scomparso nella costernazione generale, abbiamo rievocato sul suo letto di morte? Quale era stato il suo itinerario terreno? Per tentare di capirlo si deve ricorrere alla tecnica del *flash back* e aggiungere note di colore alla pellicola in bianco e nero che fino ad ora è stata proiettata » (p. 15). Anche quando l'A. va alla ricerca degli *Ascarelli prima di Tullio* fa uso della medesima tecnica dell'analepsi (o retrospezione), generando salti temporali e nuovi intrecci che fanno delle vicende del suo protagonista il focus di una storia collettiva. È in questo modo che alla nascita di Tullio Tranquillo Pellegrino Maria – « il 6 ottobre 1903, alle ore 15 per la precisione » – la scena si riavvolge all'indietro per ricominciare in un passato così risalente da traboccare di elementi mitici e simbolici. Da uno sperduto villaggio « di nome Scarel » della Catalogna medievale all'espulsione dalla Spagna di Isabella e Ferdinando, dalla vita comunitaria nella « scola catalana » di Roma ai lucrosi affari alla corte dei papi rinascimentali. Fino ai parenti più prossimi di Tullio, in un tempo in cui gli Ascarelli erano fra le famiglie ebraiche più influenti a Roma e si distinguevano, oltre che nel commercio, « come medici e reggitori della cosa pubblica » (p. 15 e ss.). Come è facile intuire, questi e altri *tòpoi* rinviano a una suggestione cui allude più volte il nostro A. e che riguarda la *doppia appartenenza*, come recita il titolo di un libro recente <sup>(11)</sup>, il rapporto, cioè, che Ascarelli intellettuale giurista intrattenne con l'universo della cultura ebraica.

---

(11) Cfr. T. GAZZOLO, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pisa, Pacini Editore, 2018.

Questione apertissima, su cui ci auguriamo Stella Richter jr vorrà tornare più distesamente in futuro.

3. « Il bambino è il padre dell'uomo » è una frase costruita in forma di paradosso, di cui si servì Sigmund Freud per rivendicare alla psicoanalisi la scoperta che ogni uomo è, in misura rilevante, il risultato del suo vissuto infantile. Risulta, perciò, degno di nota un documento di cui si serve largamente il nostro A. per ricostruire la prima educazione scolastica di Ascarelli. Mi riferisco al diario che la madre, Elena Pontecorvo, tenne « per tutta l'infanzia e adolescenza di Tullio », in cui annotava « i progressi del figlio » insieme con « tutta una serie di impressioni varie e anche le proprie ansie e apprensioni ». Quel diario ci dice molto della sua geniale precocità, ma anche — in certi momenti — di un suo malinconico 'chiudersi dentro' sotto il peso di quel materno (ma severo) « *potresti fare di più* ». Sullo sfondo, la figura paterna di Attilio, che era così necessaria per il mondo interiore di Ascarelli da mostrarsi al figlio nel momento stesso in cui giungeva finalmente il primo dei suoi tanti successi: « Dopo un periodo di svogliatezza e stanchezza si è messo a studiare e così ha fatto un buon esame. La sua gioia è stata immensa ed appena uscito dalla scuola dove sono stata per assistere alla prova orale ha voluto telefonare al babbo per comunicargli la lieta novella » (p. 27 e ss.). Sono pagine, queste, che si inscrivono degnamente nel genere della 'storia delle emozioni' e riescono, per loro intrinseca forza, a restituirci la plastica rappresentazione di un modello educativo e affettivo che era assai diffuso in Europa nelle famiglie borghesi di giuristi e medici tra otto e novecento.

È di questi anni l'innamoramento del giovanissimo Tullio per la storia d'Italia e dei suoi eroi risorgimentali: « quando sente parlare di Mazzini o Garibaldi si commuove sempre ». Una sorta di *imprinting* delle origini che, insieme alla precoce dimestichezza per le lingue (antiche e moderne), aiuta a cogliere meglio la disposizione d'animo dell'Ascarelli adulto per la storicità del diritto e la comparazione tra culture, nella sua accezione più ampia. Quando, infatti, si applicava — dopo la licenza liceale — nello studio dell'ebraico, del sanscrito e dell'arabo, poteva vantare, oltre al latino e al greco appresi a scuola, una eccellente conoscenza del tedesco, del francese e dell'inglese. Studente alla Sapienza, prima, e giovanissimo professore universitario a Ferrara dopo, dava già a vedere una formazione d'indole mitteleuropea e un'ampiezza di vedute che valicavano gli orizzonti dell'universo giuridico. Come giustamente sottolinea l'A., « ciò che forse più ancora colpisce della sua eccezionale figura fu il carattere poliedrico, multi-forme e complesso » (p. 89), sicché non può sorprenderci che Ascarelli abbia recensito, nel 1927, tre lavori davvero rilevanti di Freud dall'edizione originale in tedesco, in un tempo in cui era già spenta da anni la fervida stagione della prima seria, consapevole, ricezione dei primi scritti del fondatore della psicologia del profondo. Con l'acutezza di

sguardo critico e la libertà di giudizio che sorressero sempre questa sua innata *curiositas*, seppe dar prova di cogliere — in anticipo sui tempi — quel che di realmente innovativo si muoveva nella cultura europea. Penso al suo interesse per la *Nouvelle rhétorique* di Chaïm Perelman, con cui — poco tempo prima della morte — condivise l'idea di « organizzare un piccolo centro di ricerche logiche e di incontri ogni tanto per discuterne » (12). Dopo aver letto i due volumi dei *Problemi giuridici*, per l'eminente professore di Bruxelles si era fatta più nitida la consapevolezza che Ascarelli « n'était pas seulement un juriste éminent, mais aussi qu'il voyait d'une façon très claire tous les problèmes, les plus difficiles, posés dans la philosophie du droit » (13).

4. Congedandosi dai suoi lettori, il nostro A. rileva giustamente che « Ascarelli visse perennemente 'di corsa', non risparmiandosi mai, bruciando ogni tappa, superando a velocità vertiginosa le posizioni che lui stesso aveva fissato » (p. 89). Si potrebbe aggiungere come, in alcune fasi della sua esistenza, sia stato costretto a 'navigare' controvento, sperimentando sulla sua persona il peso della solitudine e dello straniaamento. Al suo rientro in Italia si sentiva sempre un po' straniero, « ora perché ebreo, ora perché ritornato dopo tanti anni » (14).

Nella sfera pubblica, Ascarelli avrebbe voluto « sentirsi partecipe e responsabile di un processo di costruzione collettiva delle regole della vita civile ed economica » (15), ma l'Italia del dopoguerra, con la forte polarizzazione dei due principali partiti di massa, andava restringendo sempre di più lo spazio di azione delle istanze riformistiche che si ispiravano al pensiero liberaldemocratico. Nelle lettere ai familiari la sua amarezza e il suo senso di isolamento sono lampanti: « sapevo le difficoltà che sono maggiori, ma questa solitudine pesa [...] intorno sento un desiderio di silenzio, di non farmi entrare perché la vita italiana è chiusa [...] la mia generazione è al potere e al successo e chi non c'è individualmente non ci sarà più, in nessun campo » (16). In fondo, anche negli anni della sua giovanile militanza nelle fila della 'rivoluzione liberale' aveva conosciuto la speciale sorveglianza che il regime esercitava nei confronti di intellettuali che, per la rete di relazioni sociali e di

---

(12) Sono le parole di Marcella Ziffer, in una lettera a Norberto Bobbio che compare oggi in forma di *Introduzione* al volume *Ascarelli a sessant'anni dalla scomparsa*, a cura di S. Pagliantini, Siena-Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

(13) Lettera a Marcella Ziffer del 6 febbraio 1960, conservata nell'Archivio Tullio Ascarelli, fondo *carte private*.

(14) Cfr. ASCARELLI, *Pensieri e lettere familiari*, cit., lettera del 12 novembre 1949, p. 120.

(15) Cfr. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza*, cit.

(16) Cfr. ASCARELLI, *Pensieri e lettere familiari*, cit., lettere del 15 settembre 1949 e del 10 febbraio 1950, pp. 116, 124.

funzioni pubbliche in cui operavano, erano percepiti ancor più insidiosi — perché meno riconoscibili! — dei politici di professione. Fu così che nel 1937, su impulso proprio di Mussolini, la richiesta della Questura di Roma di espungere Ascarelli dal novero dei sovversivi fu respinta con una perentoria e brusca nota: « Questo è un nemico: non sembra opportuno radiarlo, anzi è necessario continuare la vigilanza »<sup>(17)</sup>. Il ritorno alla vita accademica non fu meno avvilente, per il respiro asfittico della dottrina giuridica del tempo e le liturgie mortificanti della chiamata alla Sapienza: « Sono come chiuso fuori [...] non è solo ti ripeto il fatto di non avere possibilità per una chiamata a Roma o di non esserci nessuna possibilità di attività politica [...] sono un uomo del passato cui si nega senso nel presente »<sup>(18)</sup>.

Alla fine, anche gli scoramenti e le fragilità della 'nuda vita' consegnano al nostro tempo storico la statura possente di Tullio Ascarelli.

FRANCESCO MIGLIORINO

---

<sup>(17)</sup> ACS, Ministero dell'interno, Direzione generale di PS, Divisione affari generali e riservati, Casellario Politico Centrale, busta 205, carta in forma di « Appunto per S.E. il Capo del Governo ». In merito alla stretta sorveglianza cui fu sottoposto Ascarelli dagli anni ferraresi fino al suo esilio, Mario Stella Richter jr attinge a numerose e inedite fonti d'archivio (p. 49 e ss.).

<sup>(18)</sup> Cfr. ASCARELLI, *Pensieri e lettere familiari*, cit., lettera del 10 febbraio 1950, p. 124.

*A proposito di...*



BARTOLOMÉ CLAVERO

GÉNERO PERSONAL, SUJETO CONSTITUCIONAL,  
PARADIGMA JURISDICCIONAL

(A propósito de *Españolas gaditanas* de Carlos Petit)

A Marta Lorente, Txema Portillo, Carlos Garriga y demás camaradas de gaditanismo constitucional.

*Son Españoles: Todos los Hombres libres nacidos y vecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de estos.*

Constitución de Cádiz (1812), art. 5.1.

1. Género del sujeto y antropología de la historia entre individuo y persona. —
2. Interpretación de Cádiz y responsabilidad de la exégesis entre pasado y presente. —
3. Saldo inconcluso, reto subsistente. — 4. Coda de verso épico y diálogo fílmico.

1. *Género del sujeto y antropología de la historia entre individuo y persona.*

*Españolas gaditanas* son unas páginas críticas de Carlos Petit dedicadas por entero a impugnar mi caracterización de la mujer como sujeto incapaz de derechos para unos inicios constitucionales <sup>(1)</sup>. Lo de *gaditana* y *española* se dice por referencia a la Constitución de Cádiz en vigor desigual y decreciente por la geografía del Imperio de una Monarquía intercontinental, de Europa a Asia pasando por América. De entrada, como sigue siendo bastante habitual, Petit se ciñe en *Españolas gaditanas*, no digo que en otros escritos <sup>(2)</sup>, al espacio me-

---

<sup>(1)</sup> C. PETIT, *Españolas gaditanas. En recuerdo de António M. Hespanha*, en «Quaderni fiorentini» (QF en adelante), 49 (2020), pp. 419-454, sin anunciarse objetivo ni por título ni por subtítulo.

<sup>(2)</sup> C. PETIT, *Una Constitución europea para América: Cádiz, 1812*, en *Alle origini del costituzionalismo europeo*, ed. Andrea Romano, Messina, Accademia Peloritana, 1991, cap. 2; ID., *Del Anáhuac a la República Federal: México, 1810-1836*, en *Los orígenes*

tropolitano, lo que de entrada no ayuda <sup>(3)</sup>. Se pierde el contexto comparativo de otros casos de exclusión incluyente o inclusión excluyente como el más inclusivo, por extraño que pueda hoy parecer, del hombre indígena en las colonias americanas y asiáticas <sup>(4)</sup>. Incluso para la España europea, a la que nos atendremos entonces, aquel era un mundo, aun ya constitucional, profundamente diverso al nuestro <sup>(5)</sup>. Con las citas debidas del autor criticado y, lo principal, de aquella Constitución, así presenta Petit mi posición (incisos y énfasis suyos):

Según este autor, el *sexo* — hoy habría escrito *género* — fue una opaca circunstancia que recorría la carta 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). 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*’ <sup>(6)</sup>.

Efectivamente es lo que digo, con el corolario, también señalado por Petit, de que la mujer, si resultaba española, lo era por la relación de subordinación con el padre o el marido españoles, fuera así de la

---

*del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica. Un estudio comparado*, ed. Pedro Cruz, Sevilla, Junta de Andalucía, 1994, cap. 3; *Negros y mulatos. Españoles de ambos hemisferios*, en « Historia Constitucional ». 15 (2014), pp. 155-204.

<sup>(3)</sup> Para perspectiva oportuna, Antonio ANNINO, Marta LORENTE, Fernando MARTÍNEZ, José María PORTILLO, Beatriz ROJAS, Julia SOLLA, *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico, 1808-1826*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012; *Política y Constitución en tiempos de las independencias*, ed. Mª Teresa Calderón, Bogotá, Universidad Externado, 2017.

<sup>(4)</sup> B. CLAVERO, *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016, recopilación que incluye un escrito inédito sobre Bayona y Cádiz, su cap. 4: « El sujeto preconstituido de derecho como antropología del primer constitucionalismo ». Petit lo ignora. Como no es lo único pertinente que desconoce o de lo que prescinde, abusaré de citas y autocitas a fin además de recapitular.

<sup>(5)</sup> B. CLAVERO, *Hemisferios de ciudadanía: Constitución de Cádiz en la América indígena*, ahora en ID., *Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*, ed. Julio Pardos, Madrid, Universidad Autónoma, 2016, cap. 2, originalmente en un contexto elocuente de contrastes: *La Constitución de Cádiz. Historiografía y Conmemoración*, eds. José Álvarez Junco, Javier Moreno Luzón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2006.

<sup>(6)</sup> PETIT, *Españolas gaditanas*, p. 419-429, con nota de distinción entre *sexo* como dato biológico y *género* como construcción social, a cuya matización, por demasiado dicotómica, acudiré al final.

Constitución y no sólo de la ciudadanía. Viene Petit a simplificarlo achacándome la idea más simple de que la mujer no pertenece a la nación, ya no digamos a la ciudadanía, resultando de este modo para mí absolutamente masculina la comunidad política. Así deja definida mi posición sobre la mujer en Cádiz (7). Creo que exagera cuando agrega que tales « intuiciones [...] influy(er)on de inmediato en una literatura histórica — constitucional y feminista — que las asumió como postulado »; « la intuición », siempre sólo eso, « hace escuela » (8).

Lo que importa, lo que debe importar, es la materia en cuestión. Estamos con unas primeras categorías. La constitucional de *nacionalidad* precisamente no existía todavía en tiempos de Cádiz (9). Es la que podría generar un concepto comprensivo de la condición connacional de unos y de otros sujetos, los constitucionales y los extraconstitucionales, hombres y mujeres en el caso. La nacionalidad servirá para imaginar una comunidad política en común. En el momento constitucional de 1812 no se contaba con este recurso categorial. Sin reparar en esta clave ni más exégesis, Petit pasa a su puesta en cuestión: « ¿Se

(7) Petit se basa esencialmente en un escrito mío de hace tres décadas largas, de 1987, texto de una conferencia sin desarrollo ni siquiera de notas, redactado originalmente para una revista local, « Gades »: *Cara oculta de la Constitución: sexo y trabajo*, ahora en mi CLAVERO, *Constitucionalismo colonial*, cit., anexo I. Desarrollo al cabo del tiempo de aquella conferencia, desconocido para Petit, puede considerarse ID., *Antropología del sujeto de derechos en Cádiz, con particular atención al trabajo y al género*, en *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, ed. Eva Garrido, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013, cap. 1.

(8) PETIT, *Españolas gaditanas*, pp. 421 y 454, nota 9 para bibliografía sobre la influencia de *Cara oculta de la Constitución*. De mi parte, B. CLAVERO, *Cádiz, 1812. Antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución*, ahora en *Constitucionalismo colonial*, cit., cap. 4 (= QF, 42, 2013, pp. 201-279), nota 8: « Sin mayor éxito en España [...] », no decía tampoco que nulo.

(9) Tamar HERZOG, *Vecinos y extranjeros. Hacerse español en la edad moderna*, Madrid, Alianza, 2006, cap. 7; Hirotaka TATEISHI, *La Constitución de Cádiz de 1812 y los conceptos de Nación/Ciudadano*, en « Mediterranean World », 19 (2008), pp. 79-98; Carmen SERVÁN, *Los derechos en la Constitución de 1812. De un sujeto aparente, la nación, y otro ausente, el individuo*, en « Anuario de Historia del Derecho Español » (AHDE), 81 (2011), pp. 207-226; Iván PASTORIZA, *Horizonte nacional, espacio tradicional. La construcción jurídica de la nación y el extranjero en la Constitución de Cádiz*, en *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho*, eds. Laura Beck Valera, J. Solla, Madrid, Dykinson, 2018, cap. 11. Por su parte, C. PETIT, 'Un Código civil perfecto y bien calculado'. *El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid, Dykinson, 2019 (con fe de erratas, 2020), p. 164, asegura que ese Código elaborado bajo la Constitución de Cádiz se ocupa de « la nacionalidad » cuando de lo que trataba era de « la calidad de español, o la de extranjero » (art. 53), en bruto el concepto y en masculino el acápite.

habla en masculino porque se elimina el femenino? ». Atengámonos nosotros a la semántica constitucional estricta, que contiene más claves<sup>(10)</sup>.

Tenemos ante todo el concepto de *individuo* asumido para sujeto de derecho por la Constitución. Representaba una innovación en el terreno jurídico. *Persona* era el término tradicional, con la implicación de vincularse a la condición social formalizada como *status*: el estado del padre de familia, el estado de la mujer casada, el estado de la hija soltera..., todo un ordenamiento familiar que recluye por principio en su ámbito no político al sujeto femenino. *Persona* no era algo que se fuera, sino que se tenía, como capacidad conforme al estado social<sup>(11)</sup>. La Constitución se apellidaba entonces *política*, la *Constitución Política de la Monarquía Española*, porque excluía otros ordenamientos cual, de raíz y ante todo, el familiar y, con ello, a la mujer. Veremos más implicaciones. Hoy el calificativo de *política* para Constitución no guarda ese sentido restrictivo<sup>(12)</sup>. Entonces, conforme al orden de estados y de personas, la Constitución sólo podía contemplar un universo masculino. Empleaba un término común a hombres y a mujeres, como a libres y a esclavos, el de *almas* aplicado al registro de la población sin implicación de ningún derecho ni político ni de otro tipo de quienes se censaban<sup>(13)</sup>. A estos efectos abarcadores nunca se usa ni *individuos* ni *hombres*, para nada, en Cádiz. Y recuérdese que *alma* es concepto religioso adverso al de *individuo* cual ser indiviso<sup>(14)</sup>.

Que Cádiz adoptase para el sujeto el término de *individuo* en vez del de *persona*, al no vincularse el primero a ese orden de estados, abría la posibilidad de concebirse en términos no tan excluyentes. La

<sup>(10)</sup> Respecto a cuanto sigue sobre estado, persona e individuo, CLAVERO, *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, cit., que Petit, como está dicho, ignora, pero sí utiliza uno de sus capítulos, en su edición primera (QF, 2013), donde ya lo sustancial se encuentra: *Cádiz, 1812. Antropología e historiografía*, cit.

<sup>(11)</sup> A sus efectos procesales ahora, Alessandro BUONO, 'Tener persona'. *Sur l'identité et la identification dans les sociétés d'Ancien Régime*, en « *Annales. Histoire. Sciences Sociales* », 75 (2020), 1, pp. 73-111.

<sup>(12)</sup> Ejemplo expresivo, *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, de 2009: Salvador SCHAVALZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Plural, 2012; B. CLAVERO, *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016, cap. 2.

<sup>(13)</sup> B. CLAVERO, *Almas y cuerpos: sujetos del derecho en la edad moderna*, ahora en *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, cit., cap.1.

<sup>(14)</sup> B. CLAVERO, *Principio constitucional: individuo en estado*, ahora en *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, cit., cap. 2. Es punto y son estudios que Petit tampoco toma en cuenta.

innovación podría ser más que terminológica permitiendo alguna extensión de la condición de sujeto constitucional a la mujer <sup>(15)</sup>. Mas no era así para el texto gaditano. He aquí cómo hace las presentaciones de su sujeto: « La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los Individuos que la componen ». Obsérvese que, en rigor, no lo es, sujeto, el *individuo*, sino la *Nación*; pues por ser miembro de la misma es como lo resulta el primero. El sujeto individual lo es con carácter derivado por su pertenencia a la comunidad política considerada como nacional. Ajeno a lo político, el orden familiar no se altera por la Constitución. Así, de este modo, para la cuestión básica del reconocimiento de derechos, la norma constitucional crea, en un universo de *status*, uno nuevo en beneficio del hombre padre de familia, acreedor ahora de garantías de tal rango superior. La cuestión de incluirse en alguna medida a la mujer como sujeto constitucional ni siquiera así cabía que se la planteara la propia Constitución. No hay proyecto constitucional de por entonces que dé mínimamente pie a considerar a la mujer como sujeto junto al hombre <sup>(16)</sup>.

Que la Constitución se sitúa en un universo de *status* lo refleja ella misma. Entre las causas que producen la suspensión del ejercicio de los derechos de ciudadanía comparecen los *status*. Quedan así en suspenso « por el estado de sirviente doméstico », que diríamos hoy trabajo por cuenta ajena <sup>(17)</sup>, o también « por el estado de deudor quebrado, o de deudor a los caudales públicos ». Si hay así registro constitucional de algunos *status*, ¿por qué no se hace entonces referencia al que produce una exclusión superior por radical y permanente, el de la mujer? Precisamente por ello, por lo dicho de que, concibiéndose el sujeto como masculino en exclusiva, no cabe ni siquiera plantearse la cuestión. Sería interesante comparar con otro caso constitucionalmente afín, solo tal, como sea el de la condición de esclavitud una vez que esta se mantiene, pero ya hemos dicho que, guiados por Petit, nos circunscribimos al caso de la mujer. El « sirviente doméstico » ha quedado situado en una posición comparativamente superior.

Sin este necesario encuadramiento, Petit pasa a la cuestión suso-

---

<sup>(15)</sup> Sobre la dialéctica persona-individuo entrando en tiempos constitucionales, B. CLAVERO, *La máscara de Boecio. Antropología del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho*, ahora en *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, cit., cap. 3 (= QF, 39. 2010, pp. 7-40), tampoco utilizado por Petit.

<sup>(16)</sup> *Proyectos constitucionales en España, 1786-1824*, ed. Ignacio Fernández Sarasola, Madrid, CEPC, 2004.

<sup>(17)</sup> *Pace C. PETIT, Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional*, en *Derecho privado y revolución burguesa*, ed. Id., Madrid, Marcial Pons, 1990, cap. 3.

dicha respecto a la Constitución: « ¿Se habla en masculino porque se elimina el femenino? ». Si no se atiende a los cimientos de la construcción constitucional y a esta misma, la respuesta negativa resulta relativamente fácil. Hay testimonios de inclusión explícita del femenino en el masculino. Asistiéndose en parte de historiografía de género no siempre atenta a derecho, Petit los colaciona conduciendo al dictamen de que mi « lectura [...] puede y debe revisarse ». ¿No nos precipitamos? La presencia de la mujer se interfiere en efecto a los más variados efectos. ¿Cómo podría ser de otro modo? Ahí estaba desde luego en la sociedad y, sobre todo, jurídicamente, en la familia, igual que el hijo no emancipado con independencia de la edad. Eran cuestiones de *status* no canceladas por Cádiz <sup>(18)</sup>.

La inclusión tenía que ser precisamente explícita. Se alegaba expresamente como excepción del estado regular de cobertura de la persona de la mujer por la persona del hombre, una y otra personas en el sentido del orden de *status*. La expresión de *coverture* pertenece al *common law*, pero el fondo es el mismo <sup>(19)</sup>. Lo que faltaba y es difícil que se encuentre por aquellos tiempos es la afirmación de que por regla general, a unos efectos constitucionales, salvo especificación en contrario, la mujer y el femenino se entienden comprendidos en la expresión de hombre y el uso del masculino, y esto por mucho que Petit pretenda otra cosa elevándose incluso a cita de derecho romano <sup>(20)</sup>. Los testi-

---

(18) Jesús VALLEJO, *Paradojas del sujeto*, en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispánico*, ed. Carlos Garriga, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2010, cap. 5. Por su parte, Petit busca apoyo en J. VALLEJO, *Indicio liberal de la muerte civil. El proyecto de código de 1821 y la definición del sujeto de derechos*, en « Historia Contemporánea », 33 (2006), pp. 581-603, dando pie a un epígrafe: « ¿Muertas por ser meramente individuos? », *sic*, con individuo en acepción anacrónica.

(19) De su fuerte persistencia en tiempo constitucional se ocupa para los Estados Unidos Hendrik HARTOG, *Man and Wife in America: A History*, Cambridge, Harvard University Press (HUP), 2000. Aunque abunde la bibliografía sobre el matrimonio, no hay nada comparable en la historiografía española.

(20) PETIT, *Españolas gaditanas*, p. 423: « hominis appellatione tam foeminam quam masculum contineri non dubitantur », *sic* por « dubitatur ». El tópico, que no constituía un principio general en una cultura jurisdiccionalista (Alejandro AGÜERO, *Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional*, en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, ed. M. Lorente, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, cap. 1), llega a tiempo constitucional, pero no a obras constitucionales. Petit recurre a su uso por Ramón Lázaro DE DOU en sus *Instituciones de Derecho Público General de España*, de 1800, que no es precisamente una obra constitucional porque su autor fuere luego diputado en Cádiz, sin demostrar Petit que el brocardo se aplicase a la interpretación constitucional o sin ni siquiera plantearse. Y en « derecho romano »

monios que reúne sobre la presencia no sólo pasiva de la mujer en el derecho bajo Cádiz no veo cómo alcanzan al sujeto constitucional de derechos. Sujeto era ante todo la Nación y, derivadamente, el Individuo en masculino exclusivo y excluyente, también con mayúscula inicial para el manuscrito que suscribieran los diputados <sup>(21)</sup>.

Me atribuye Petit la aseveración de partida de que « la mujer gaditana no pertenecía a la nación española », sin cita que avale afirmación tan peregrina, siguiendo consideraciones sobre consecuencias absurdas que de la misma se deducirían. Concede que luego he matizado, esta vez con cita precisa (« española era la mujer por relación al español bajo cuya autoridad familiar se situaba ») y sin corregir su endoso de tales consecuencias irrisorias. Abunda sin que la cuestión principal acabe de concretarse. Hela: « ¿Se habla en masculino *en la Constitución* porque se elimina el femenino *del derecho constitucional*? » <sup>(22)</sup>. En términos generales, no constitucionalmente específicos, lo que puede inferirse a duras penas de la exposición de Petit es algo tan de catón que lo tengo señalado desde un primer momento, desde 1987: « Ya se sabe que no tenemos sexo dual, comprensivo de ambos sexos, y que tal función eventualmente la cumple el masculino », solo así en ocasiones <sup>(23)</sup>. Petit lo que añade es ilustración para la época.

También ilustra Petit la presencia de la mujer en el ámbito político ejerciendo libertades por su cuenta y a veces, escasas, con aval voluntarioso de la publicística e incluso pie forzado en la Constitución. A este efecto se detiene en un caso célebre dedicándole un apartado bajo este curioso epígrafe: « ¿A Mariana Pineda realmente le movía el

igual se encuentra la máxima prácticamente contraria: « In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum » (*Digesta*, 1.5.9 versus 50.16.152).

<sup>(21)</sup> <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812.pdf>. Sobre la imposibilidad de identificar una edición oficial impresa, Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *Cádiz como impreso*, en *Constitución Política de la Monarquía Española. Estudios*, Cádiz, Fundación El Monte, 2000, vol. 2, cap. 1.

<sup>(22)</sup> PETIT, *Españolas gaditanas*, pp. 428-430, con la cita procedente de *Hemisferios de ciudadanía*, cit. Registra Petit que, en el debate parlamentario, un diputado invoca la idea de inclusión constitucional de la mujer, pero lo hace como argumento *ad absurdum* para rechazarlo *ipso facto*: « La justicia, es verdad, exige que todos los individuos de una misma Nación gocen de los derechos civiles [...]. Pero si llevamos demasiado lejos estos principios de lo que se dice rigurosa justicia sin otras consideraciones, sería forzoso conceder a las mujeres con los derechos civiles los políticos » de ciudadanía, *derechos civiles* los no constitucionales. Nadie se lo discutió: *Constitución en Cortes. El debate constituyente, 1811-1812*, ed. e índices F. Martínez, Madrid, Universidad Autónoma, 2011, pp. 176 y 253-268.

<sup>(23)</sup> CLAVERO, *Constitucionalismo colonial*, cit., p. 560, pasaje de *Cara oculta de la Constitución*, cit.

amor enajenado por un varón? ». La susodicha fue condenada a muerte y ejecutada en 1831 por no mucho más que hacer bordar una enseña historiada de signo constitucional tras un proceso cuyas actas andan perdidas. Su fama se ha acrecentado por la obra teatral de Federico García Lorca *Mariana Pineda* (1927). Pero no es por esto por lo que Petit se ocupa del caso, sino por un juicio de cariz peyorativo que yo habría emitido: « A Mariana Pineda realmente la movería el amor enajenado por un varón ». Frente a « afirmación tan tajante » y, encima, de resabio palmariamente sexista, sale al paso. Se siente obligado a « revisar la biografía de aquella mujer singular ». Y hace el intento. No parece sino que el caso fuera de lo más relevante.

Parece que el de Mariana Pineda es el momento clave para dejar en evidencia al autor sometido a crítica como si éste fuera quien se regodeara con lo del « amor enajenado ». Sería algún fondo de misoginia lo que explicaría mis exageraciones respecto a la exclusión constitucional de la mujer. Le saca Petit jugo al trance. Mas hay un pequeño problema. Dicha frase « tan tajante » tiene un contexto que le confiere otro sentido. Me permito citarlo: « La discriminación era profunda. No necesitaba exponerse en el texto constitucional; de ella partía el derecho como de una evidencia natural: *hombre* era el sujeto y hombre exactamente significaba su género masculino. A Mariana Pineda realmente la movería el amor enajenado por un varón ». Iba con el verbo en condicional por referirme de este modo a un sexismo histórico de fondo que alcanzaría hasta al mismísimo Lorca y más acá, por cuanto que así se posterga o elimina la motivación política del personaje femenino <sup>(24)</sup>. Petit no manipula citas; sólo es que se le escapan las ironías <sup>(25)</sup>. En definitiva, salvo para construir un maniqueo, no entiendo muy bien lo que el caso de Mariana Pineda, al que dedica un apartado entre cuatro, aporta.

No es caso de historietas que nos acerquen a Cádiz, sino de historia que nos distancia. Para marcarla vengo hablando para aquella Constitución de una *antropología* profundamente diversa a la correspondiente a lo que hoy suele entenderse por *liberal*, la del « liberalismo gaditano » con todo el constitucionalismo diverso que se le pro-

---

<sup>(24)</sup> LORCA, *Mariana Pineda*, escena última, Mariana: « ¡Yo soy la Libertad porque el amor lo quiso! ». Esta reducción sentimental de la libertad política se produce en 1927, en plena dictadura del general Primo de Rivera. « Amor enajenado » es expresión mía de sabor reconociblemente lorquiano. Para significación de Mariana hoy en el contexto local granadino, <https://www.youtube.com/watch?v=ONuUfgx80fA&t=20s>.

<sup>(25)</sup> Para el párrafo completo, CLAVERO, *Constitucionalismo colonial*, cit., pp. 562-563.

yecta <sup>(26)</sup>. Con antropología quiero decir concepción operativa del ser humano en la que se funda entonces la identificación de sujetos, para lo que no falta compañía <sup>(27)</sup>. *Liberal* para Cádiz y desde Cádiz es en cambio el lenguaje de Petit <sup>(28)</sup>. Concede, citándome, que es un « criterio [...] atendible » el de no presuponer « que las palabras ya significan sin mayor problema lo mismo que hoy, para el pasado como para el presente », pero ahí se queda <sup>(29)</sup>. Sería para él cuestión simple de semántica, no compleja de antropología.

---

<sup>(26)</sup> Para muestras varias de visión muy arraigada en la historiografía y el constitucionalismo no sólo españoles. « Revista de Indias », 242 (2008), monográfico sobre *Liberalismo y doceañismo en el mundo ibero-americano*, eds. Mónica Quijada, Manuel Chust. Respecto a la mujer, Reuben ZAHLER, *¿Y para las damas, qué? Liberalism, Nationalism, and Gender in the Hispanic World*, en *The Rise of Constitutional Government in the Iberian Atlantic World. The Impact of the Cadiz Constitution of 1812*, eds. Scott Eastman, Natalia Sobrevilla, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 2015, cap. 10.

<sup>(27)</sup> CLAVERO, *Almas y cuerpos*, cit.; ID., *Principio constitucional*, cit.; ID., *La máscara de Boecio*, cit.; ID., *Hemisferios de ciudadanía*, cit.; ID., *Cádiz, 1812. Antropología e historiografía*, cit.; ID., *Antropología del sujeto de derechos*, cit.; ID., *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, cit., de los que Petit, como está dicho, sólo maneja el cuarto y el quinto. Para la compañía más cercana, António M. HESPANHA, *Una nueva historia política e institucional*, en « Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales », 41 (1996), pp. 9-45; Darío BARRIERA, Gabriela DALLA CORTE, *El derecho y la justicia entre la historia y la antropología*, en « Prohistoria. Historia, Políticas de la Historia », 5 (2001), pp. 273-293; C. GARRIGA, *¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y "punto de vista"*, en « PolHis. Revista Bibliográfica de Historia Política », 10 (2012), pp. 89-100; Agustín CASAGRANDE, *La historia conceptual y la hermenéutica de la historia del derecho*, en « Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja », 16 (2016), pp. 99-114; J.M. PORTILLO, *Las palabras las carga la historia. Sobre la economía de Europa y el constitucionalismo colonial en Bartolomé Clavero*, en « Revista de Historia del Derecho », 54 (2017), pp. 137-146; A. AGÜERO, *Antropología Histórica e Historia del Derecho. El aporte de Ana María Lorandi (in memoriam)*, en « Surandino Monográfico », 3 (2017), pp. 83-95.

<sup>(28)</sup> C. PETIT, *Derecho por entregas. Estudios sobre prensa y revistas en la España liberal*, Madrid, Dykinson, 2020.

<sup>(29)</sup> PETIT, *Españolas gaditanas*, p. 422, en nota. A veces ha adoptado la expresión de antropología, pero para tiempo anterior: C. PETIT, *Mercatura y Ius Mercatorum. Materiales para una antropología del comerciante premoderno*, en *Del ius mercatorum al derechos mercantil*, ed. el mismo, Madrid, Marcial Pons, 1997, cap. 1, encabezando ahora, sin el subtítulo, su *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016. Por mi parte, he venido elaborando la metodología brechtiana del extrañamiento historiográfico desde B. CLAVERO, *Historia y antropología: de la división convencional de las ciencias sociales*, en « Lull. Revista de la Sociedad Española de

Regresemos a la lengua, la española. En un idioma tan expresivo de géneros como el castellano por cuanto que los declinan artículos y adjetivos, ni ayer ni hoy *libre* tiene, en ninguna de sus acepciones, femenino, como tampoco el sustantivo *sujeto*, pues *sujeta* conserva en exclusiva el significado de *subiecta* o sometida, un adjetivo. Dígase lo propio de *individuo*, el masculino sin femenino para el sujeto constitucional, el que ha dejado de ser *subiectus* desde el arranque mismo del constitucionalismo. Todo esto dice bastante sobre las palabras y las cosas en tiempos de formación del lenguaje constitucional. En diccionarios y gramáticas se buscarán en vano tales pormenores semánticos específicos del constitucionalismo <sup>(30)</sup>. Gravita por ahí algo tan palpable como que nos encontramos ante un caso más de una « retórica de identidad » que, cuando menos, « resultaba difusa en la definición de a quiénes comprendía » para sus hablantes <sup>(31)</sup>. El habla la pone la época; la lengua, sobre su base, no de otro modo, la historiografía.

A través de los usos del lenguaje, hay conexión de la lengua performativa con el orden normativo. Petit no percibe el doble sentido de *libertad* en el momento gaditano entre, de una parte, *libre* en la acepción primaria de no estar sometido a la esclavitud que Cádiz revalida y, de otra, *libre* con la significación constitucional de sujeto de derechos de libertad. Para la cualificación, se decía *libre e independiente*, no bastando los primero a efectos ni individuales ni colectivos <sup>(32)</sup>. Dependiente era, igual que tantos otros sujetos, la mujer. *Hombre libre*, como primera cualificación del sujeto, no significaba hombre dotado de libertades constitucionales como Petit presume, sino hombre no esclavo. La esclavitud permeaba aquel sistema. En fin, entre

---

Historia de las Ciencias y de las Técnicas», 4 (1981), 6-7, pp. 21-34. Sobre el *Verfremdungseffekt* dramaturgico, que me influyó de estudiante antes que la antropología, no me privo de remitirme ahora a una obra no jurídica: Minou ARJOMAND, *Staged: Show Trials, Political Theater, and the Aesthetics of Judgment*, Nueva York, Columbia University Press, 2018.

<sup>(30)</sup> Lo propio cabe decir de unos estudios monográficos: M<sup>a</sup> Cruz SEOANE, *El primer lenguaje constitucional español. Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Moneda y Crédito, 1968; M<sup>a</sup> Teresa GARCÍA GODOY, *Las Cortes de Cádiz y América. El primer vocabulario liberal español y mejicano, 1810-1814*, Sevilla, Diputación, 1998.

<sup>(31)</sup> Margarita GARRIDO, *Nueva Granada ante el orden colonial y el republicano: lenguajes e imaginarios sociales y políticos*, en *Las interpretaciones de las independencias hispanoamericanas. Interpretaciones 200 años después*, ed. Marco Palacios, Bogotá, Norma, 2009, cap. 3, pp. 96 y, para el sujeto, 117.

<sup>(32)</sup> David ARMITAGE, *Foundations of Modern International Thought*, Cambridge, Cambridge University Press (CUP), 2013, parte IV; J.M. PORTILLO, 'Libre e independiente'. *Una historia atlántica de los orígenes de la nación y el Estado en España, 1763-1837*, Madrid, Alianza, de próxima publicación, cap. 2.

presunciones y confusiones, estamos detectando serios problemas de metodología jurídica por cuanto toca a la cualificación varia tanto de sujetos como de normas en tiempo constitucional.

## 2. *Interpretación de Cádiz y responsabilidad de la exégesis entre pasado y presente.*

Entre las copiosas alegaciones de Petit, hay normas jurídicas. Lo que diga el ordenamiento proyectado o establecido mediante ley bajo la vigencia de la Constitución de Cádiz puede decirnos algo o mucho a su respecto, aunque la misma no hubiese hecho exactamente la previsión de que su principal vía de implantación hubiere de ser la de un desarrollo de carácter legislativo. Como en tiempo anterior<sup>(33)</sup>, en Cádiz, hacer ley era una *potestad* jurisdiccional no judicial. Aquella Constitución no responde a un lenguaje de poderes. De toda ella se ha sentado justamente que representa un paradigma *jurisdiccional*, impli-cándose con esto que no asume una vocación constituyente de alcance general y que para su implementación cuenta con tradición, devolución y justicia tanto o más que con legislación o codificación centrales de nueva planta. Son rasgos definitorios que están naturalmente interrelacionados. Para un Imperio que integraba dentro de su ciudadanía a población indígena un sistema de signo legalista, no jurisdiccional, era prácticamente impensable. Jurisdiccionalismo, no legalismo, era lo propio de una cultura jurídica de valor normativo de alcance europeo, no sólo español<sup>(34)</sup>. Y en el espacio hispano no había acontecido

---

(33) J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid, CEPC, 1992, fundamental para el momento histórico de construcción doctrinal del paradigma plurisecular; B. CLAVERO, *Justicia y gobierno, economía y gracia*, en *Real Chancillería de Granada. V Centenario, 1505-2005*, eds. Javier Moya, Eduardo Quesada, David Torres, Sevilla, Junta de Andalucía, 2006, cap. 2, más los capítulos siguientes, de GARRIGA y de MARTÍNEZ en el mismo volumen.

(34) B. CLAVERO, *Estado de jurisdicción e invento de Constitución*, en *La cuestión vasca: una mirada desde la historia*, ed. Mercedes Arbaiza, Lejona, Universidad del País Vasco, 2000, pp. 15-36; C. GARRIGA, M. LORENTE, *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC, 2007; F. MARTÍNEZ, *Juzgar sin ser juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional*, en *Doceañismos, Constituciones e Independencias. La Constitución de 1812 y América*, ed. M. Chust, Madrid, Fundación MAPFRE, 2006, cap. 4; J.M. PORTILLO, *Jurisprudencia constitucional en espacios indígenas. Despliegue municipal de Cádiz en Nueva España*, en *AHDE*, 81 (2011), pp. 181-205; B. ROJAS, *El gobierno de los pueblos frente a la Constitución de 1812, en Entre imperio y naciones. Iberoamérica y el Caribe en torno de 1810*, eds. Pilar Cagiao, J.M. Portillo, Santiago de Compostela, Universidade, 2012, cap. 5. No confundir con otra dirección más simple y exageradamente continuista de cierta tradición que ahora representa M.C.

revolución legalista alguna. La cultura constitucional de Cádiz es en buena parte cultura que cabe decir preconstitucional <sup>(35)</sup>.

Hubo más. Cádiz sólo tuvo una vigencia intermitente que obstaculizó con severidad su desarrollo normativo y puesta en práctica por unas u otras vías. Esa misma intermitencia con interregnos beligerantemente anticonstitucionales produjo cambios en la cultura política y jurídica enervándose en muy pocos años la de tracto preconstitucional determinante para Cádiz. En 1820, cuando esta Constitución entra en vigor por segunda vez, ya no es la misma. No se le lee igual. Petit no lo toma en cuenta. Entiende como *exégesis* de Cádiz sin mayor problema lo que se legisla o incluso lo que se proyecta entre 1820 y 1823 <sup>(36)</sup>. Y hay todavía más, algo de carácter general. El desenvolvimiento normativo de una Constitución no tiene por qué representar su interpretación auténtica si es que ésta pudiera darse en tiempos parlamentarios. Cabe que el desarrollo desvirtúe la matriz y que la historiografía haga el resto <sup>(37)</sup>.

Prosigamos con lo nuestro. Miremos una pieza de desarrollo

Mirow, *Pre-Constitutional Law and Constitutions: Spanish Colonial Law and the Constitution of Cadiz*, en « Washington University Global Studies Law Review », 12 (2013), 2, pp. 313-337.

<sup>(35)</sup> B. CLAVERO, *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville*, en QF, 24 (1995), pp. 419-468; J.M. PORTILLO, *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, CEPD, 2000; Annick LEMPÉRIÈRE, *Entre Dieu et le Roi, la République. Mexico, XVIe-XIXe siècles*, París, Les Belles Lettres, 2005; M.T. CALDERÓN, Clément THIBAUD, *La majestad de los pueblos en la Nueva Granada y Venezuela, 1780-1832*, Bogotá, Taurus, 2010; Romina ZAMORA, *Trayectos constitucionales: de la economía católica a la economía política*, en « Travesía », sup. 2 (2017), pp. 81-99; A. CASAGRANDE, *Gobierno de justicia, poder de policía. La construcción económica del orden social en Buenos Aires, 1776-1829*, València, Tirant Lo Blanch, 2021.

<sup>(36)</sup> C. PETIT, *Los Códigos del 'Trienio Liberal', Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz*, en « Historia Constitucional », 21 (2020), pp. 106-137, no tomando en cuenta los factores geopolíticos y culturales que distancian los dos principales periodos de vigencia de Cádiz, 1812-1814 y 1820-1823. Tiene ante la vista algún elemento tan sintomático al efecto como el predicamento del Bentham pancodificador durante el segundo periodo, interesante también a la geopolítica: B. CLAVERO, *¡Libraos de Ultramaría! El fruto podrido de Cádiz*, en « Revista de Estudios Políticos », 97 (1997), 2, pp. 45-69. Igual problema se presenta con quien Petit trata como principal intérprete de Cádiz, el Ramón SALAS de las *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, de 1821.

<sup>(37)</sup> En problemas metodológicos e historiográficos específicos de Cádiz he venido incidiendo desde *Materiales primeros para una historia constitucional de España*, en AHDE, 59 (1989), pp. 841-858, hasta, fundamentalmente, *Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano*, en GARRIGA, LORENTE, *Cádiz 1812*, cit., epílogo.

prevista por la Constitución, « el código civil », Código *civil* por no *político*, el cual pudiera resultar ya materialmente constituyente, ya sustancialmente ratificador de lo preconstituido, o bien entre lo uno y lo otro <sup>(38)</sup>. Quedó incompleto y nonato, pero guarda significación. Es de un segundo periodo de vigencia de Cádiz, entre 1820 y 1823, cuando la cultura política predominante ya estaba dando muestras de extrañamiento respecto al momento gaditano. Respecto a la mujer ¿qué tenemos? Es lo lógico a la luz de los silencios a su respecto y del registro de estados de la Constitución. En un escenario preconstituido de *status* sociales antes que constituyente de derechos individuales donde el sujeto es *la persona*, no *el individuo*, la mujer comparece. Lo hace reclusa en un estado, o mejor estados pues se diversificaban según su situación familiar, que, por regla general, la subordinan al hombre. Petit no niega nada de esto por supuesto, ¿cómo podría?, pero entiende que la mujer puede ser al tiempo sujeto constitucional y sujeta doméstica <sup>(39)</sup>.

Cuenta la mujer con derechos por supuesto, pero intervenidos y mediados por el hombre salvo excepciones muy contadas. Petit se empeña en convertir la excepción en regla, si no para todo lo extenso del ordenamiento jurídico, para el constitucional. Pese a la preeminencia y abundancia del masculino, la mujer, según asevera Petit, debe entenderse comprendida por principio. Poco le falta para decir que se le incluye en las referencias de la Constitución a algún privilegio político del « estado eclesiástico » con una iglesia de gobierno masculino, lo mismo que todo aquel Estado constitucional. ¿Qué decir del aparato de justicia traído por Cádiz, un mundo de hombres igual de estrictamente? Y en manos de aquella iglesia quedaba el registro de identidades <sup>(40)</sup>. Ante pretensiones como las de Petit conviene subrayar hasta las obviedades. Obviedad para el derecho resultaba entonces que la mujer era siempre *persona* y nunca *individuo*.

---

<sup>(38)</sup> En Cádiz (art. 258), « código civil y criminal », así indistinto y con minúscula en la versión suscrita por los diputados, podía aún significar compilación de derecho existente más sistematizada y articulada que las recopilaciones precedentes, no necesariamente codificación al estilo napoleónico o ni siquiera al austriaco: B. CLAVERO, *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, en « Historia. Instituciones. Documentos », 6 (1979), pp. 49-88.

<sup>(39)</sup> PETIT, 'Un Código civil perfecto', cit., cap. 6, párrafos 43-46.

<sup>(40)</sup> B. CLAVERO, *Código y registro civiles, 1791-1875*, en « Historia. Instituciones. Documentos », 14 (1987), pp. 85-102; F. MARTÍNEZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español, 1810-1820*, Madrid, CEPC, 1999; Paz ALONSO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, CEPC, 2008; Gregorio ALONSO, *La nación en capilla. Ciudadanía católica y cuestión religiosa en España, 1793-1874*, Granada, Comares, 2014.

Llega Petit al extremo de corregir el texto constitucional para introducir a la mujer. Cita un registro clave gaditano introduciendo una interpolación para el género femenino: « hombres [y mujeres] libres » serían los sujetos constitucionales para Cádiz: « Son españoles todos los hombres [y mujeres] libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos »<sup>(41)</sup>. Lo hace pese a la profusión apabullante de tanto masculino y a la ausencia del femenino incluso para la gestación humana como si fuera partenogenética entre hombres. La prestidigitación de meter al hombre en la chistera para sacar la collera se le facilita por no distinguir entre sujeto constitucional y sujetos ordinarios ni entre norma constitucional y normas ordinarias.

Regresemos al proyecto de Código *civil*, pues hay más. Se acompañó de un *Discurso preliminar* que hace el esfuerzo de ubicarlo en el conjunto del nuevo ordenamiento. Vendría, más que a desarrollar la norma constitucional, a prestarle cimiento: al Código « tócale desenvolver las bases de la Constitución, detallando los modos de hacerlas efectivas; a cuyo fin enumera los deberes del ciudadano para concurrir a la felicidad pública y al engrandecimiento del Estado; determina los medios de asegurar su libertad individual y la de sus propiedades; y los que se dirigen a evitar, así los abusos de parte de la autoridad que pudieran enfrenarla arbitrariamente, como los extravíos de los individuos que propendiesen a socavar el bienestar común que se propuso la ley fundamental », por lo que debería ya de entrada extenderse a materias administrativa y procesal<sup>(42)</sup>. En suma, a lo que ahora nos interesa, la Constitución rige al Código como la viceversa, el Código a la Constitución. A ésta se le dice « ley fundamental », pero no resulta así la única. No es la fundación del ordenamiento en la forma que hoy suele darse por entendida. Con todo ello, el Código no coloca a la ley por encima de la Constitución, sino que hace explícito el orden que se sitúa en su base<sup>(43)</sup>.

---

(41) PETIT, 'Un Código civil perfecto', cit., p. 162. A tal manipulación no se atreve en *Españolas gaditanas*. Y en el *abstract*: « [...] many women acted politically, as 'citizens' who took up arms against the attempts of absolutism ». Cito *hombre* con minúscula siguiendo a Petit aunque en el texto referido firmado por los diputados va como en mi cita de encabezamiento, con mayúscula. Para esta especie de detalles y más, J. VALLEJO, *Ortografía y heterografía constitucionales (1869)*, en AHDE, 63-64 (1993-1994), pp. 615-700.

(42) B. CLAVERO, *Origen constitucional de la codificación civil en España*, en *Derecho privado y revolución burguesa*, cit., cap. 2. Aquel proyecto de Código se tiene ahora como apéndice, con el *Discurso preliminar* comprendido, en PETIT, 'Un Código civil perfecto', cit.

(43) C. GARRIGA, *Constitución política y orden jurídico. El 'efecto derogatorio' de la Constitución de Cádiz*, en GARRIGA, LORENTE, *Cádiz 1812*, cit., cap. 4, el trabajo esencial

El *Discurso preliminar* también intenta exponernos una tipología de los derechos en tiempos de Constitución: « Los derechos y las obligaciones que dimanan inmediatamente de la ley fundamental se llaman *políticos* [...]. Hay otra clase de derechos que emanan de la ley fundamental para el bienestar individual de cuantos componen el estado mismo, y que podrán llamarse *civiles* ». Así, consiguientemente, los presenta el Código: « La *libertad civil*, la *propiedad*, la *seguridad individual*, y la *igualdad legal* componen los principales derechos legítimos de los españoles. Los derechos *políticos* de los españoles como ciudadanos se hallan determinados por la Constitución » (cursivas suyas, de la edición oficial del proyecto de Código, art. 34). Civiles, no constitucionales, serían entonces los derechos anunciados por la Constitución en el artículo interesante a la identificación del sujeto ya citado. Recordemos: « La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los Individuos que la componen ». ¿No eran éstos, los derechos de libertad, propiedad y demás, derechos constitucionales primarios, estrictamente tales? Resulta así que no tanto.

Se nos dice ahora que son derechos *civiles* y, como tales, derivados del ordenamiento. Guarda lógica. A tales derechos se les califica constitucionalmente de *legítimos*, lo que debe entonces entenderse en su sentido etimológico de conformidad con ley, con unas leyes que respondiesen a la sabiduría y la justicia representadas por la Constitución. *Individuo* como sujeto queda así subordinado a ley siempre que ésta a su vez responda a Constitución <sup>(44)</sup>. De este modo podía pensarse que no existían derechos *constitucionales* situados como tales por encima del ordenamiento ordinario aunque, al mismo tiempo, cabía defenderse derechos vinculables directamente a Constitución <sup>(45)</sup>. Con todo esto, en rigor, sujeto constitucional no lo sería nadie, salvo la ficción monumental de la Nación, ficción que cobra realidad por su

---

respecto al alcance normativo de aquella Constitución; el propio GARRIGA, *Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico*, en AHDE, 81 (2011), pp. 99-162, F. MARTÍNEZ, *Constitución de la justicia en Cádiz. Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente del poder judicial*, en AHDE, 81 (2011), pp. 377-408; de nuevo GARRIGA, *La Constitución de Cádiz: proceso constituyente y orden constitucional*, en « Dimensões », 39 (2017), pp. 83-111; M. LORENTE, *De liberales y liberalismos en el orbe hispánico (Una reflexión historiográfica sobre la naturaleza del poder constituyente gaditano, 1808-1812)*, en « Revista de História das Ideias », 37 (2019), pp. 11-32.

<sup>(44)</sup> Frente a un arrastre de dubitaciones varias, inclusive más, PETIT, '*Un Código civil perfecto*', cit., cap. 7, se decanta hacia el extremo de figurarse un sistema legalista, de ley sobre derechos, bajo Cádiz.

<sup>(45)</sup> LORENTE, *Las infracciones de la Constitución de 1812*, cit., obra pionera fundamental a estos efectos.

extensa y compleja representación institucional diseñada por la Constitución <sup>(46)</sup>, ¿habrá que repetir que sin cabida para la mujer por mucho que le pese a la memoria dramática de Mariana Pineda? El proyecto de Código vino a confirmar con creces que, en todo caso, el sujeto constitucional individual se declinaba exclusivamente en masculino.

Encarecía el *Discurso preliminar* la transcendencia del Código por corresponderle no tanto desarrollar la Constitución como prestarle bases, habiendo en esto una indudable sintonía entre ambos. Los cimientos así los tiende, antes que la libertad de los individuos que componen la Nación, el orden de estados que articula la sociedad. En el Código el sujeto es, con toda su implicación de estados, *persona*, no *individuo*. Entre los sujetos relevantes, el único que abandona ese espacio para pasar al del contrato, bien que a efectos más formales que sustantivos, es el trabajador por cuenta ajena <sup>(47)</sup>. Con todo ello, entre Constitución y Código, las evidencias que Petit despliega sobre la presencia de la mujer interesan a la inclusión jurídica sin afectar a la exclusión constitucional. Tampoco nos encandilemos con el testimonio de un código que quedó en proyecto. Su carencia durante gran parte del siglo XIX afectó al constitucionalismo <sup>(48)</sup>. Habrá que buscar los testimonios decisivos en otros ámbitos como en la hora de la verdad del funcionamiento de la justicia, de una justicia que en buena parte suplió el desarrollo legislativo de la norma constitucional a lo largo del siglo <sup>(49)</sup>.

Un estilo de interpretación constitucional hoy bastante generali-

<sup>(46)</sup> B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, CEPC, 2000, cap. 4; M. LORENTE, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, Universidad Autónoma, 2010; J.M. PORTILLO, *Fuero indio. Tlaxcala y la identidad territorial entre la monarquía imperial y la república nacional, 1787-1824*, México, Colegio de México, 2015; Pablo SÁNCHEZ LEÓN, *Popular Political Participation and the Democratic Imagination in Spain: From Crowd to People, 1776-1868*, Londres, Palgrave Macmillan, 2020.

<sup>(47)</sup> B. CLAVERO, *Derecho constitucional del trabajo ayer y hoy, ahora en Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, cit., cap. 6.

<sup>(48)</sup> M. LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas, 1810-1889*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2001; exprimiéndole antes de publicarse, C. PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal* (2000), Madrid, Universidad Carlos III, 2014, cap. 4.

<sup>(49)</sup> M. LORENTE, *La 'doctrina legal' y el silenciamiento de los juristas en una España sin código*, en QF, 40 (2011), pp. 135-175. Sobre caso latinoamericano similar al español por demora de Código constitucionalmente requerido y por algo más como la persistencia de esclavitud durante esa situación, B. CLAVERO, *Esclavitud y codificación en Brasil, 1888-1927. Por una historia descolonizada del derecho latinoamericano*, en « Revista de Historia del Derecho », 55 (2018), pp. 27-89.

zado consiste en hacer decir a la Constitución lo que la Constitución no dice, así como suena. Los textos no siempre cambian porque el derecho lo haga. Ilustre, en pro y, sobre todo, a la contra, el debate estadounidense acerca del *originalismo*, esto es, del empeño, imposible en su caso, de atenerse al sentido original de un texto constitucional vetusto incluso con sus enmiendas. La bibliografía es más que nutrida<sup>(50)</sup>. Polémica aparte, puede ser un procedimiento pasablemente legítimo cuando la interpretación forzada se efectúa en beneficio de derechos de libertad de todo signo en el seno de un constitucionalismo deficiente en origen al respecto y con sus vías de reforma bloqueadas, como sea ahora ciertamente el caso de los Estados Unidos. Si sabemos manejarnos, no hay que escandalizarse porque la historiografía diga una cosa y el constitucionalismo, otra<sup>(51)</sup>.

Así, entre nosotros, las expresiones masculinas de la Constitución de Cádiz comprenderían a la mujer aunque originalmente no la comprendiesen. Pero ¿tiene sentido esto cuando se trata de un constitucionalismo sin ningún valor normativo, no digo que ideológico, en la actualidad? ¿Para qué sirve ese forzamiento de una Constitución muerta? Lo de hacer decir a Cádiz lo que Cádiz no dice sería lógico desde luego en su tiempo por parte de los sujetos interesados o, mejor en su caso, interesadas: « La Constitución también nos comprende a nosotras, pues gozamos de los derechos de ciudadanas »<sup>(52)</sup>. ¿Qué sentido tiene hoy tamaña contraevidencia?

Pongamos otro ejemplo más cercano para España no sólo geográficamente. La *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 está hoy de nuevo en vigor en Francia entendiéndose naturalmente que en el sujeto *l'homme* se comprende *la femme* pese a que originalmente no lo hacía ni por asomo<sup>(53)</sup>. Más aún, aquella declaración constitucional no reconocía ni amparaba originalmente la propie-

(50) Baste aquí el registro de Robert W. BENNETT, Lawrence B. SOLUM, *Constitutional Originalism: A Debate*, Ithaca, Cornell University Press, 2011.

(51) Bruce ACKERMAN, *We the People*, Cambridge, HUP, 1991-2014, interesando a todas estas cuestiones.

(52) PETIT, *Españolas gaditanas*, p. 436, citando de segunda mano, a través de Juan FRANCISCO FUENTES, Pilar GARÍ, *Amazonas de la libertad. Mujeres liberales contra Fernando VII*, Madrid, Marcial Pons, 2014. El título del anónimo de procedencia de la cita dice algo sobre la irrealidad de lo que se postula: *La ciudadana constitucional, sueño alegórico*, Madrid, Villalpando, 1820. No es el único sueño afectado de por entonces: Jesús MARTÍNEZ BARO, *La libertad de Morfeo. Sueño y representación de la realidad en la prensa del Cádiz de las Cortes, en 1808-1812: Los emblemas de la libertad*, eds. Alberto Ramos y Alberto Romero, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2009, cap. 16.

(53) *Dossier: L'Homme de la 'Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen' est-il une femme?*, en « Clio@Themis », 3 (2010).

dad privada, sino el dominio feudal, lo que evidentemente tampoco tiene sentido para su vigencia actual. Sin embargo, si en la historia no se incluyera la mujer como sujeto en una norma constitucional, no significa que tenga que seguir excluyéndola hoy de estar la misma vigente <sup>(54)</sup>. Añádase que, con revolución y todo, el ámbito jurídico de la mujer como sujeto, sujeto de libertad en el interregno revolucionario, fue el de derecho infraconstitucional, el del orden de la familia como en los viejos tiempos <sup>(55)</sup>.

Olvidarse en Francia de tales pormenores históricos en el momento de la interpretación constitucional tiene su sentido aunque desde luego no lo tenga en el de la indagación histórica. Lo preciso es que no haya contaminación como la que alimenta la historiografía todavía empeñada en embellecer la imagen de aquella *Déclaration* emblemática para el patriotismo constitucional no sólo de Francia. Son gajes de la historia del constitucionalismo entre tantos de los que la historiografía jurídica no suele hacerse cargo. Aunque nos pongamos de espaldas al presente, estamos de frente <sup>(56)</sup>. ¿Por qué, si no, andar forzando textos para inventarse tradición de derechos y de sujetos?

Lo propio puede decirse, en tono menor, del caso de la Constitución de Cádiz. Pesa una hipoteca de tal índole tan interiorizada hoy que puede resultar inconsciente. Por mucho que venga progresando la historiografía, sigue operando el empeño anacrónico por presentar una imagen favorecida desde sus inicios de la historia constitucional española y latinoamericana. Tiene que ver por supuesto con la ideología, confesa o no. Se opera bajo la presunción de que Cádiz se sitúa entre los orígenes del constitucionalismo actual, con lo que su imagen habrá de resultar familiar y reconocible <sup>(57)</sup>. Si no se nos acerca, ¿para qué nos

---

<sup>(54)</sup> B. CLAVERO, *‘Les domaines de la propriété’, 1789-1814. Propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario*, ahora en ahora en mi *Historia jurídica europea*, eds. J. Vallejo, Sebastián Martín, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2020, cap. 6 (= QF, 27, 1998, pp. 269-378), tanto para la cuestión sustancial como para las implicaciones jurídicas e historiográficas.

<sup>(55)</sup> Marcel GARAUD, Romuald SZRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, París, Presses Universitaires de France, 1978. Para develar mitos usuales, Lynn HUNT, *The Family Romance of the French Revolution*, Londres, Routledge, 1992; J.W. SCOTT, *Parité! Sexual Equality and the Crisis of French Universalism*, Chicago, University of Chicago Press (UChP), 2005; Vinzia FIORINO, *Il ‘genere’ della cittadinanza. Diritti civili e politici delle donne in Francia, 1789-1915*, Roma, Viella, 2020, cap. 1.

<sup>(56)</sup> B. CLAVERO, *La excepción, la normalidad y la clave colonial*, ahora en mi *Derechos de otras gentes entre genocidio y constitucionalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020, cap. 5 (= QF, 40, 2020, pp. 687-722).

<sup>(57)</sup> CLAVERO, *Cádiz, 1812. Antropología e historiografía*, cit., notas 2, 3, 11, 18, 66, 72, 77, 78, 89 y 90.

sirve? ¿Para qué dedicarle tantos desvelos? La misma docencia universitaria, con la historia del derecho en facultades jurídicas, empuja hacia el anacronismo sistemático <sup>(58)</sup>, y esto respecto incluso a tiempos que tenemos por contemporáneos. Resulta lo fácil. Lo difícil es percibir y explicar la alteridad. Es también sin duda lo más útil, pues capacita. Hablamos de otra utilidad <sup>(59)</sup>.

Con todo, sin la distancia antropológica, trata Petit a las *españolas gaditanas* como contemporáneas suyas y así, igual de presuntamente, nuestras, comprendidas en pie efectivo de inclusión constitucional prácticamente por principio (recordemos: «hombres [y mujeres] libres») entre los *españoles gaditanos* y nosotros mismos, los hoy vivos, qué menos. Ahí arrancaría una historia en común y particularmente de la mujer: «Cádiz comenzó el duro camino que debían recorrer las mujeres españolas desde la casa a la república», desde el derecho de familia al derecho constitucional <sup>(60)</sup>. Si, por encuadre en nacionalismo, en modernidad, en cualquier otro prejuicio ideológico o, como parece ser el caso, por vía de inercia, irreflexión y desatención a la historiografía específica de otros planteamientos, se piensa que Cádiz es el arranque de nuestra historia constitucional, la española, o incluso de la latinoamericana, difícilmente se capta su significación histórica. Todavía hay que abordarla a contracorriente <sup>(61)</sup>.

Cuesta reconocer que el momento gaditano no sea el tiempo liberatorio imaginado por un constitucionalismo cual el español que por lo visto, como toda ideología de sujeto en teoría nacional y de hecho estatal, todavía necesita de invención de tradición arrancando incluso desde antes de Cádiz <sup>(62)</sup>. Que traiga entonces, contra evidencia, liber-

<sup>(58)</sup> Para esfuerzo contracorriente del grupo HICOES al que pronto me referiré, *Manual de Historia del derecho*, eds. M. Lorente, J. Vallejo, València, Tirant Lo Blanch, 2012.

<sup>(59)</sup> Angela Barreto XAVIER, Nuno Gonçalo MONTEIRO, *Antônio Manuel Hespanha: o passado é um país estranho*, en «Análise Social», 55 (2020), 2, pp. 473-479.

<sup>(60)</sup> PETIT, *Españolas gaditanas*, p. 449. No hay que decir que es historia de arranque bastante más reciente: *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, eds. Luís I. Gordillo, S. Martín, Víctor J. Vázquez, Madrid, Marcial Pons, 2017.

<sup>(61)</sup> J.M. PORTILLO, *Cádiz entre constituciones*, en *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*, eds. Adriana Luna, Pablo Mijangos, Rafael Rojas, México, Taurus, 2012, cap. 1; S. MARTÍN, *Historia y populismo*, en «eldiario.es», 4-V-2016.

<sup>(62)</sup> Interesando a Cádiz, B. CLAVERO, *Cortes tradicionales e invención de la historia de España*, ahora en *Constitucionalismo colonial*, cit., anexo II, y 'Tejido de sueños'. *La historiografía jurídica española y el problema del Estado*, en «Historia Contemporánea», 12 (1995), pp. 25-48.

tad hasta para la mujer. Contemporáneas y compatriotas ya así, para Petit, las *españolas gaditanas*, ¿cómo no vamos a tenerlas hoy por potencialmente iguales en la ciudadanía? Bien está la empatía retrospectiva hacia gente históricamente en posición tan subalterna como la de género femenino, pero importan siempre las formas. Hay historiografías redentoras condescendientes con sus presuntas redimidas asegurándoles que eran *libres* bajo un orden constitucionalizado de estados. Parece el sino de Mariana Pineda y de sus congéneres como materia de historia y de teatro. Repito la fórmula: contra apropiación de identidades, extrañamiento de tiempos <sup>(63)</sup>.

Hace falta con todo en la historiografía una responsabilidad no sólo profesional, sino también y primordialmente ciudadana, más aún esto segundo si se sostiene con presupuesto público por dedicarse sus agentes a la enseñanza y todavía en mayor medida si se trata de docencia en materia directamente constitucional. No debemos reconstruir historia como si fuese un cometido excluyente de interés exclusivo para adeptos y adeptas al oficio <sup>(64)</sup>. Sin necesidad de que sean éstas nuestras intenciones, la distorsión del ayer puede resolverse fácilmente en la incapacitación para hoy <sup>(65)</sup>. Con todos los retos que todavía plantea actualmente la igualdad constitucional sin discriminación de género ni de opción sexual <sup>(66)</sup>, liquidar el asunto para tiempos cuando estos desafíos ni se le planteaban al derecho formal resulta, como mínimo, una diversión en su doble sentido, el de recreo y el de desvío, y, como máximo, un ofuscamiento frente a la problemática específicamente jurídica y genéricamente cultural.

---

<sup>(63)</sup> Priya SATIA, *Time's Monster. History, Conscience and Britain's Empire*, Londres, Penguin, 2020, p. 296: « We allow medieval people to tell us their stories on their own terms, without faulting them for the absence of some evolutionarily determined trait; so should we allow moderns, too, with their complex, layered identities shaped by the history of empire », lo que también vale para otros casos, plenamente en particular para Cádiz, la Constitución imperial hispana. Y *Time's Monster* es una óptima guía sobre las funciones políticas y las responsabilidades morales de la historiografía.

<sup>(64)</sup> Son ocasionales y derivativas las reflexiones que interesan a docencia por parte de: C. PETIT, *El segundo testimonio*, en *L'Insegnamento della Storia del Diritto Medioevale e Moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, ed. Paolo Grossi, Milán, Giuffrè, 1993, *esperienza transalpina* 5; Id., *Textos y contextos para una historia de la cultura jurídica europea*, en *Cultura jurídica europea. Una herencia persistente*, ed. César Hornero, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2002, cap. 3.

<sup>(65)</sup> CLAVERO, *Cádiz en España*, cit., desautorizando, para desbrozamiento del terreno y en pro de la responsabilidad cívica, a la mayor parte de la historiografía de tracto franquista y sus secuelas.

<sup>(66)</sup> B. CLAVERO, *Matrimonio sin signo de género y con carga de historia*, ahora en *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, cit., cap. 5 (= QF, 46, 2017, pp. 897-961).

Figurarse historia donde no la hay tiende un tupido velo para la mirada hacia el pasado y carga con un pesado lastre para el manejo de derecho de presente y política de futuro. Si la Constitución actual se interpreta con la misma alegría que las pretéritas, mal vamos <sup>(67)</sup>. Perder con todo esto el paradigma jurisdiccional de Cádiz empobrece el constitucionalismo comparado en el tiempo como en el espacio <sup>(68)</sup>. Refundiéndosele en un solo modelo con todas las variantes que se quiera a lo largo de la historia desperdicia el conocimiento que pudiera deparar la misma diversidad de experiencias constitucionales <sup>(69)</sup>. La aportación de la historiografía jurídica resultaría así prescindible por redundante. Deviene criatura clónica del derecho al más clásico estilo *whig*, la que avanza inconsciente a la luz y la sombra del presente como si éste fuera el fin de la historia, la que desconoce paradigmas o antropologías en plural, siempre en plural <sup>(70)</sup>.

La composición de fondo de Petit es la habitual de la historiografía y la jurología en esa clave *whig* según la cual, con sólo que advengan derechos de algunos, se abre espacio para el advenimiento de los de todos. Lástima que la historia sea mucho más complicada y bastante menos halagüeña. Si viene resultando penosa y larga, es porque la libertad constitucional de algunos hombres, tampoco de todos, históricamente vino a reforzar y no a relajar, con todo el éxito relativo que se quiera, su dominio sobre la mujer, así como sobre tantos otros sectores, incluido el indígena colonial. Es extremo en el que vengo

---

<sup>(67)</sup> De los derechos estrictamente constitucionales de la mujer podría decirse casi lo mismo que dice del *right to privacy* el propio PETIT, *La intimidad y el jurista*, en *Nuevos conflictos sociales: el papel de la privacidad*, eds. Enrique Anarte, Fernando Moreno, Carmen García Ruiz, Madrid, Iustel, 2015, cap. 5, p. 105: «la intimidad no tiene historia; o, mejor dicho, sí la tiene, pero es una historia muy reciente».

<sup>(68)</sup> Ran HIRSCHL, *Comparative matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, con título de doble sentido intraducible: *Asuntos comparativos*, Bogotá, Universidad de Externado, 2019.

<sup>(69)</sup> Cuidando de guardarse la distancia entre tiempos y aquilatarse antropologías religiosas tampoco asimilables, podría por ejemplo abordarse Cádiz con provecho en comparación con casos tratados por R. HIRSCHL, *Constitutional Theocracy*, Cambridge, HUP, 2010.

<sup>(70)</sup> CLAVERO, *Cádiz, 1812. Antropología e historiografía*, cit., conclusión: «Epílogo sobre una incompatibilidad entre el jurisdiccionalismo *hicoeño* y la historiografía *whig*». Hicoeño se refiere a un grupo de investigación (HICOES: Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España) que fundé junto a Marta Lorente en 1996, todavía coleando. Sobre el estado de conciencia historiográfica que llevó a la formación del grupo, M. LORENTE, *Manuscritos e impresiones para una historia constitucional de España*, en «Historia Contemporánea», 12 (1995), pp. 91-134, ilustrando, ¿cómo no?, con Cádiz.

abundando desde hace años. En lo que toca a la mujer, ese reforzamiento de la sujeción femenina viene detectándose por la misma historiografía feminista (71).

La idea que se hace Petit es la contraria y común de que los derechos del hombre vendrían históricamente a impulsar y no a bloquear los de la mujer, igual que ocurre con los del trabajo inclusive el esclavo (72). Confía en una filología ingenua sobre testimonios que no se ubican y entre los que entonces no sale tan al paso la subyugación humana en términos de condición de sexo o de trabajo (73). No son cosas, desde luego, que la procesión de las fuentes, incluso jurídicas, comunique a primera vista y sin más escrutinio. Sin el debido encuadramiento constitucional, los momentos de contención de la subjetividad de la mujer por el derecho pueden parecer fácilmente de reconocimiento de derechos suyos. La distorsión genera convicción tanto como la viceversa. Hay un efecto de alimentación mutua. El veredicto estaba dictado: « Que así conste » (74).

Nuestro desentendimiento cabría imputarse a metodología, una que produce y otra que indaga el objeto. Petit no sigue sus propios consejos: « No perdamos el norte [...] de la reflexión más conveniente al momento histórico de nuestros materiales » (75). En todo caso, su argumentario se ha fraguado con la lectura extemporánea de un escrito sin aparato de autoridades, de origen oral, sumario y datado, de cuando aún no me había sumergido tan de cabeza en la antropología jurídica

(71) J.W. SCOTT, *Sex and Secularism*, Princeton, Princeton University Press, 2018, p. 3: « Euro-Atlantic modernity entailed a new order of women's subordination », encuadrándolo y exponiéndolo. El reforzamiento de la sujeción no figuraba todavía en CLAVERO, *Cara oculta de la Constitución*, cit.

(72) PETIT, *Negros y mulatos*, cit.; ID., 'Un Código civil perfecto', cit., cap. 6, párrafos 43-44 citados.

(73) El efecto constitucional interesa que viniera entonces seguido en la misma dirección por un cambio de la consideración biológica de la diferencia entre sexos: THOMAS LAQUEUR, *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*, Cambridge, HUP, 1990, cap. 1 (pp. 8-10: « science seemed nicely in tune with the demands of culture », abarcando ésta naturalmente « the social order »).

(74) PETIT, *Españolas gaditanas*, frase final, tras endosarle la función de jurado a HESPANHA, reseña de GARRIGA, LORENTE, *Cádiz 1812*, cit., en « Historia Crítica », 36 (2008), pp. 223-228, por su crítica de forma, más que de fondo, de mi *Cádiz en España*, cit., sin relación además con la cuestión de la mujer.

(75) C. PETIT, *Ignorancias y otras historias, o sea, responsabilidades limitadas*, en AHDE, 60 (1990), pp. 497-507 (cita en 503-504).

gaditana. Carecía de mi parte por entonces de clave tan esencial como la que vino a diferenciar individuo de persona (76).

### 3. *Saldo inconcluso, reto subsistente.*

¿Qué tenemos en suma? Más fácil es percibir lo que no tenemos. No hay conclusiones. No se ofrece alguna visión alternativa, ni siquiera implícita. Resulta lógico. El desentendimiento de problemas metodológicos, el entendimiento estatalista y legalista de un constitucionalismo jurisdiccional y corporativo, la utilización del ordenamiento ordinario para el análisis de una Constitución de tracto tan accidentado, la confusión en claves tan básicas como la de distinción entre sujeto constitucional de derechos y sujeto simple de derecho o entre *libre* cual no esclavo y *libre* cual tal sujeto cualificadamente constitucional (77), todo ello hace implausible la obtención de resultados.

Parece interesarle a Petit en mayor medida el entredicho del prójimo que la materia en cuestión. Al final no parece haber otro saldo que el de una descalificación sumaria (78). No son raros en las obras de Petit los finales sin final que no quedan por ello abiertos, sino truncos. La impresión que se transmite es bien manida: la espesura de los árboles no deja ver el bosque ni su sombra densa el humus que se pisa (79). La

---

(76) Para mi propia indicación sucinta de la insuficiencia de *Cara oculta de la Constitución*, CLAVERO, Cádiz, 1812. *Antropología e historiografía*, cit., nota 34. En cambio, PETIT, *Españolas gaditanas*, p. 422: las «aportaciones más recientes [mías] reafirman, en lo principal, sus posiciones primeras». Ahí, por su parte, recicla material de '*Un Código civil perfecto*' sin mayor trabajo de revisión de mi obra *gaditana* y aún menos sobre el contexto próximo de la labor del grupo de investigación, el de HICOES, donde la misma mejor se comprende. Lo que añade a lo ya publicado es el apartado superfluo sobre Pineda.

(77) Siempre ayuda la comparación: John Phillip REID, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, UChP, 1988, con la significación del antónimo, esclavitud, ya como condición servil, ya como dependencia colonial entre congéneres de matriz europea, no respecto a indígenas, aunque esto último no lo destaque Reid. Puede contrastarse Quentin SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, CUP, 1998. Para España, PORTILLO, '*Libre e independiente*', cit.

(78) Como precedente más palmario, PETIT, *Ignorancias y otras historias*, cit., centrado en descalificación más que en esclarecimiento acerca, anacrónicamente, de responsabilidad limitada para un tiempo en el que no existía principio de responsabilidad patrimonial. Si el ánimo de descalificación es pasión, no figura entre las *Pasiones del jurista: amor, memoria, melancolía, imaginación*, ed. C. Petit, Madrid CEPC, 1997.

(79) PETIT, '*Un Código civil perfecto*', cit., concluye abruptamente, externalizando la tarea, ardua para su caso, de inferir e integrar resultados. Su *Historia del derecho mercantil*, cit., consiste en una colección de trabajos enjundiosos para la que no se ha

vista del hábitat se pierde o, si afinamos, no se tiene otra visión que la resultante de la proyección de constitucionalismo ulterior <sup>(80)</sup>. Si hay, pese a todo, una conclusión sustantiva, resulta bien sencilla: unas presuntas evidencias no permiten afirmar que la mujer no sea sujeto de derechos para el constitucionalismo gaditano. Sólo cabe formularla de esta forma tan tortuosa en tales términos negativos por partida doble. Más no pretende.

Para que la contraevidencia de la mujer como sujeto de derechos se imponga a la constancia de su ausencia en el constitucionalismo hace falta abstraerse de la realidad dada cuando Cádiz adviene, la realidad de una sociedad de personas entre estados *civiles*, no de individuos entre libertades *constitucionales*. Aterricemos allí. Hagamos historia preconstitucional antes de entrar en historia constitucional aunque sólo sea por prevenirnos del anacronismo <sup>(81)</sup>. Ya bien consta que « the past is a foreign country » <sup>(82)</sup>. Lo es aquel. En Cádiz estamos ante un paleoconstitucionalismo no sólo español. No solamente para su caso, igual que hubiera convenido un escenario transcontinental, no habría estado de más un enfoque comparado tanto diacrónica como sincrónicamente <sup>(83)</sup>.

---

labrado el broche de articulación y síntesis que hubiera agradecido aun a costa de haberse de cuestionar el título. Para otro paradigma, B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, ahora en *Historia jurídica europea*, cit., cap. 3, que ignoro por qué no se le considera una obra de materia mercantil y financiera: Margarita SERNA, *Historiografía jurídico-mercantil española*, en *Pour une histoire européenne du droit des affaires: Comparaisons méthodologiques et bilans historiographiques*, eds. Luisa Brunori, Olivier Descamps, Xavier Prévost, Toulouse, Université Toulouse Capitole, 2020, cap. 2.

<sup>(80)</sup> Vista de bosque y de raíces, mejor o peor, la ofrece el paradigma jurisdiccional del grupo HICOES con sus allegados y allegadas (véanse citas de Lorente, Portillo, Garriga, Vallejo, Muñoz de Bustillo, Martínez, P. Alonso, Serván, Beck Valera, Solla, Martín, Agüero, B. Rojas, Calderón, Zamora, Sánchez León, G. Alonso, Casagrande y Pastoriza, además de *El momento gaditano*, cit., con la suma de Annino).

<sup>(81)</sup> Para el punto del que partía en mi caso, en las mismas vísperas de *Cara oculta de la Constitución*, cit., B. CLAVERO, *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986, teniendo todavía por delante el desarrollo de esa tal antropología en el terreno *civil*.

<sup>(82)</sup> « They do things differently there », añadía justamente el novelista creador de la expresión, L.P. HARTLEY (*The Go-Between*, 1953, arrancando), así como el dramaturgo y el cineasta que le adaptaron en 1971, Harold PINTER y Joseph LOSEY, con el mismo arranque en *off*. « O passado é um país estranho » se nos ha dicho acertadamente respecto a la obra más sustancial de Hespanha.

<sup>(83)</sup> Por mi parte, incluyendo Cádiz y la cuestión de los sujetos, B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, que Petit tampoco utiliza.

De haberse ubicado de tal forma, sin necesidad por ello de extenderse, Petit habría podido apercibirse de que su visión de los derechos de la mujer en la historia va a la contra no sólo de mi trabajo y su mala influencia por España, sino también de la observación sin fronteras más advertida. Los retos pendientes distan de ser tan sólo de un ámbito español ni siquiera aunque dilatado colonialmente hasta las Américas y más allá<sup>(84)</sup>. La ubicación de las raíces profundas de la exclusión incluyente o inclusión excluyente de la mujer en el ámbito de la familia es una evidencia incluso anterior a la misma historiografía de género<sup>(85)</sup>. Con la ofuscación de la crítica y el descuido de la metodología tanto historiográfica como jurídica, en *Españolas gaditanas* se pierden claves tan sabidas que se encuentran a la vista en la mismísima obra de Petit<sup>(86)</sup>.

#### 4. *Coda de verso épico y diálogo filmico.*

Petit encabeza *Españolas gaditanas* con unas octavas de la época como espolón de proa de su abordaje. Me temo que abona el mío. Repárese: la mujer depende del hombre; la libertad de la mujer deriva de la libertad del hombre. Igual que el derecho, la literatura lo mostraba con sus todas sus lindezas: « Mirad al sexo débil y adorado / animar con su encanto y su belleza / del ciudadano libre el pecho osado. / Las esposas, las madres con fiereza / estas voces repiten a su amado: / Ser libre y perecer: que si cedieres / al yugo vil, jamás mi amor esperes ». El poema proseguía: « [...] el hombre a su ser restituido / de sus derechos goza el complemento ». El hombre, no la mujer<sup>(87)</sup>. El nexos del *amor*,

---

(84) Para mera muestra en el ámbito latinoamericano, Diana MAFFIA, *Género y ciudadanía*, en « Encrucijadas », 40 (2007), art. 1º, por partir de la exclusión de la mujer, junto a indígenas, afrodescendientes y castas, de la vecindad-ciudadanía en el primer arranque relativo de la independencia argentina. Al contrario que en Cádiz, por América tendería a excluirse constitucionalmente al indígena tanto como a la mujer o poco menos: B. CLAVERO, 'Multitud de Ayuntamientos'. *Ciudadanía indígena entre México y España*, ahora en *Constitucionalismo colonial*, cit., cap. 3. Podría replicarse en falso, con el mismo argumento de Petit, que los indígenas por allá andaban sobre el terreno y en el derecho. Para una última puesta en evidencia a fondo de visiones *whig* de la subyugación humana, Pankaj MISHRA, *Bland Fanatics: Liberals, Race, and Empire*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2020.

(85) Kathleen CANNING, *Gender History in Practice: Historical Perspectives on Bodies, Class, and Citizenship*, Ithaca, Cornell University Press, 2006, cap. 1.

(86) PETIT, 'Un Código civil perfecto', cit., caps. 6 para estados y 7 para derechos, antecedendo justamente lo primero.

(87) *El Zurriago*, 43 (1822), pp. 9-12. Hay errata en el registro de Petit: 13 por 43, posible indicio, en autor tan puntilloso, de cita de segunda mano como en el caso

como en el caso de la Mariana Pineda de Lorca, nos está remitiendo, más que a amistad u otra vinculación cualificada en un mundo de hombres<sup>(88)</sup>, a la relación de género en aquel orden jerarquizado de estados en términos ahí, épicamente, de la propia fantasía del universo masculino respecto al *sexo débil*, carne de cañón.

Según nos amonestaba *Ninotchka* al llegar como comisaria soviética al París próximo a la ocupación nazi en la ficción fílmica de Ernst Lubitsch, « Don't make an issue of my womanhood. We're here for work all of us »; en el doblaje de la versión española: « No debéis darle importancia al sexo. Venimos a trabajar »<sup>(89)</sup>. Efectivamente, lo que interesa no es tanto el *sexo*, el dato primariamente biológico, como el *género*, el constructo complejamente cultural. Si el sexo también sin duda importa al propio orden social, al mismo derecho, es porque hasta su nuda percepción biológica encierra un componente de género<sup>(90)</sup>. En todo caso, no es lo mismo ni opera igual el género *personal*, de cuando la mujer tiene persona, que el género *individual*, de cuando la mujer es individuo, como *Ninotchka*, al menos en la ficción, lo era<sup>(91)</sup>.

---

referido y más relevante de *La ciudadana constitucional*, cit., arranque de título muy expresivo para lo que Petit defiende, no indicando que no lo ha visto. El poema es de autoría masculina dirigiéndose a « heroínas » femeninas, *españolas cartageneras*.

<sup>(88)</sup> A.M. HESPANHA, con la colaboración de Antonio SERRANO, *La senda amorosa del derecho: "amor" y "iustitia" en el discurso jurídico moderno*, en *Pasiones del jurista*, cit., cap. 1.

<sup>(89)</sup> Entre los varios guionistas de *Ninotchka* (1939), incluido el propio LUBITSCH, esta línea de diálogo tiene todo el sabor de la mano de Billy WILDER. Ignoro la autoría de la versión española, lo que no suele acreditarse. La película, con menú de audios, se tiene hoy en plataformas de *streaming*, lo mismo que *The Go-Between*, cit., interesante también para visión masculina de la sujeción femenina.

<sup>(90)</sup> LAQUEUR, *Making Sex*, cit., sobre la jerarquía sexual de la percepción biológica como asunto histórico; SCOTT, *Parité! Sexual Equality*, cit., como representante aquí de la literatura dicha feminista de carácter igualitario en base a sexo para contrarrestar discriminación de género. Interesando siempre a la historiografía y frente al binomio generalmente asumido, como hemos visto en Petit, conviene subrayar que el sexo es aún jurídicamente relevante, aunque sea a la contra, además de socialmente marcado, y que el género resulta, con todo, todavía problemático: CANNING, *Gender History in Practice*, cit., p. 3: « No sooner had a critical accumulation of scholarship on gender made this (its disentanglement from the related studies of women, body, and sexuality) possible than gender was destabilized by the growing recognition of its contingency upon race, ethnicity, nationality, generation, and sexual orientation ».

<sup>(91)</sup> Constitución de la Unión Soviética, 1936, art. 122: « La mujer tiene en la URSS iguales derechos que el hombre en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política [...] »; Código de la Familia de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, 1926.

« Don't make an issue of our quarrels »: lo que importa no son nuestras querellas, sino la historia para su momento y sus alcances para la actualidad mediante una continuidad con eslabones de discontinuidades. Hay materia. Sigamos trabajando. Hagámoslo todavía, pues vemos que se necesita, sobre antropología e historiografía, política e ideología, de Cádiz y sobre Cádiz <sup>(92)</sup>. Es un reto no sólo profesional, sino también ciudadano, esto por cuanto interesa a la cultura constitucional y a su marcada diversidad en el curso del tiempo como en la extensión del espacio, ayer como hoy <sup>(93)</sup>.

Lo admitamos o no, la historiografía constitucional afecta al constitucionalismo. Querámoslo o no, hay que hacerse constitucionalista para hacer historia constitucional, igual que para la preconstitucional es « bartolista », competente en jurisprudencia de entonces, lo que conviene hacerse <sup>(94)</sup>. Entre bartolismo y constitucionalismo se

---

<sup>(92)</sup> Bajo dirección de Lorente, Portillo y Vallejo, el grupo HICOES prepara una historia cultural e institucional del constitucionalismo en cuyo primer volumen se integrará el capítulo cuarto de mi *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, cit., y en el segundo, I. PASTORIZA, *La definición de los españoles: inclusiones y exclusiones*. Permítaseme manifestar con orgullo que el paradigma jurisdiccional hicoeño, forjado en particular por Vallejo, Lorente y Garriga, representa un reto para los estudios *gaditanistas* a la altura del estado del arte. Se le acredita por inyectar un « giro jurídico » a la historiografía política y social: A. LEMPÉRIÈRE, *Constitución, jurisdicción, codificación. El liberalismo hispanoamericano en el espejo del derecho*, en « Revista de Historia del Derecho », 57 (2019), pp. 117-156. Tampoco nos hacemos ilusiones: « Se observa un vacío o ausencia de debate sobre la valía de esta corriente del constitucionalismo. El grupo HICOES es un archipiélago y una soledad historiográfica »: Israel ARROYO, reseña de B. ROJAS, *Procesos constitucionales mexicanos. La Constitución de 1824 y la antigua constitución*, México, Instituto Mora, 2017, a publicarse en « Historia Mexicana », 2021.

<sup>(93)</sup> Ahora se embarca en el desafío de la diversidad comparada, arrastrando problemas precisamente de uniformización forzosa de la antropología constituyente y de concepción primordialmente estatalista de la materia constitucional, B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge, HUP, 2019, que anuncia nuevos volúmenes, toda una serie. Los problemas traen consecuencias como la de que, en un volumen sobre « Constituciones revolucionarias », ni siquiera se mencione el caso referido del Estado Plurinacional de Bolivia, de cuya diversidad antropológica constituyente me preció, ante todo por lo que aprendí, de haber sido testigo participativo: SCHAVALZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional*, cit., pp. 471-472. Definitivamente, no hablamos sólo sobre historia cuando hablamos sobre historia ni hablamos sólo del presente cuando hablamos del presente.

<sup>(94)</sup> OSVALDO CAVALLAR, JULIUS KIRSHNER, *Jurists and Jurisprudence in Medieval Italy: Texts and Contexts*, Toronto, University of Toronto Press, 2020, p. 522, refiriéndose al conocido dicho « nemo bonus iurista nisi bartolista ». Bartolismo era más naturalmente que la obra de un solo doctor circunscrita a la « Italia medieval »: B.

desenvuelve aquella historia gaditana. Hace falta pericia y sensibilidad a ambas bandas para manejarse con soltura por el tablero de juego de aquellos extraños tiempos. No basta con mover peones de pasos cortos cuando hay otras figuras de superior recorrido <sup>(95)</sup>.

---

CLAVERO, 'Beati dictum'. *Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, ahora en *Historia jurídica europea*, cit., cap. 4. Cual la historiografía constitucional usual, Petit procede como si tal *economía de familia* en cuanto que orden *civil* no marcara todavía la cultura y la práctica del derecho a la llegada del constitucionalismo. Ahí se agazapa el germen de la discrepancia.

<sup>(95)</sup> Sobre la figura heroica de la mujer como tópico reflejo de la masculinidad de la política donde ubicar el caso de Mariana Pineda, véase ahora Xavier ANDREU-MIRALLES, *A Fatherland of Free Men: Virility and 'Frailty' in Spanish Liberalism, 1808-1814*, en «Gender and History», 33 (2021), 2, anticipado en <https://onlinelibrary.wiley.com/journal/14680424>.

STEFANO MALPASSI

HOOVER, ROOSEVELT E IL LUNGO INVERNO  
EMERGENZIALE 1932-33:  
LA STORIA DELLA RECONSTRUCTION  
FINANCE CORPORATION

(A proposito della « *Presidential Transition* » americana)

1. « Non tutto il Trump vien per nuocere »: riscoprire e ripensare alcuni meccanismi repubblicani. — 2. La « Guerra dei mondi »: la Grande depressione e l'elezione presidenziale del 1932. — 3. Un intervento necessario: la nascita della Reconstruction Finance Corporation. — 4. La RFC tra vecchio e nuovo corso. Un inverno transitorio in attesa di una « meritata vacanza ».

1. « *Non tutto il Trump vien per nuocere* »: riscoprire e ripensare alcuni meccanismi repubblicani.

L'elezione di Joseph Biden a quarantaseiesimo presidente degli Stati Uniti d'America ha portato alla luce una moltitudine di aspetti problematici (o per lo meno peculiari) del sistema elettorale e dell'edificio repubblicano americano.

A favorire tale riscoperta hanno, certamente, contribuito i molti contrasti politici, economici e sociali, emersi dalla sfida elettorale tra il presidente in carica Donald Trump e il già vicepresidente durante l'amministrazione Obama, poi vincitore. Il contesto emergenziale, legato alla pandemia in atto, e le conseguenti (e talvolta indipendenti) vicissitudini elettorali — oltre a offrire una rappresentazione giornalistica della tenzone più incerta di quanto poi, voti alla mano, si sia effettivamente dimostrata — hanno posto in discussione anche alcuni meccanismi costituzionali, tipici della democrazia americana.

In particolare, a conclusione dello spoglio elettorale, il mancato riconoscimento da parte dello sconfitto della vittoria del proprio avversario (contestata ulteriormente nelle aule dei tribunali, senza evidenti argomenti sia in fatto che in diritto <sup>(1)</sup>) è sembrato mettere potenzial-

---

<sup>(1)</sup> A oltre un mese dall'Election Day non si arrestavano i tentativi di ribaltare i risultati delle urne attraverso ricorsi giurisdizionali nonostante non fossero emersi nel

mente a rischio il regolare svolgersi di uno dei momenti più critici e caratterizzanti dello spoils-system americano: la « presidential transition ».

Mentre in questi giorni tale ‘ufficio’ sembra aver ottenuto un’improvvisa (almeno in Italia) notorietà, non è facile delineare giuridicamente la « presidential transition ». Nelle pagine che seguono si proverà a restituirne un’esemplificazione, attraverso la ricostruzione di una peculiare vicenda del passato, capace, si pensa, di mostrarne l’insita complessità; per adesso, sarà necessario limitarsi a definirla, prendendo a prestito le parole di Levinson, come quel « ten-week hiatus in which the repudiated incumbent continues to possess the full legal powers of the modern American presidency »<sup>(2)</sup> e che, al contempo, offre al presidente-eletto un « quasi-executive status », come ben delineato da Zoffer in uno dei pochi scritti dedicati al tema<sup>(3)</sup>.

Da questa breve definizione emerge subito un elemento centrale e talvolta ignorato<sup>(4)</sup>: il presidente uscente rimane titolare del proprio potere sino al giorno dell’insediamento del suo già sfidante, potendo esercitare le sue prerogative « up to the very last moment »<sup>(5)</sup>; di contro, proprio al presidente-eletto si pone una sfida ulteriore, successiva a quella dell’election-day, essendo chiamato a confrontarsi con le ultime decisioni assunte dalla precedente amministrazione a vittoria elettorale già avvenuta, decisioni che possono talvolta essere numerose e nient’affatto irrilevanti.

L’aumento dell’attività amministrativa e della normazione presidenziale in periodo di transizione è, infatti, un’evenienza piuttosto

tempo elementi che indicassero la possibilità di errori di conteggio o persino brogli come invece allegato dal presidente Trump, cfr. D.A. GRAHAM, *The GOP Abandons Democracy*, in « The Atlantic », December 10, 2020, online (<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/12/republican-party-abandoning-democracy/617359/>).

<sup>(2)</sup> S. LEVINSON, *Presidential Elections and Constitutional Stupidities*, in « Constitutional Commentary », 12 (Summer 1995), 2, p. 184.

<sup>(3)</sup> J.P. ZOFFER, *The Law of Presidential Transitions*, in « Yale Law Journal », 129 (June 2020), 8, pp. 2500-2572.

<sup>(4)</sup> Specialmente nelle cronache giornalistiche e politiche del nostro Paese il presidenzialismo americano è spesso presentato come un sistema « virtuoso » che consegna il vincitore (e il conseguente cambio di « colore » della politica del Paese) la « notte delle elezioni » da contrapporre, invece, alle presunte incertezze create dal parlamentarismo nostrano. Anche da questo punto di vista, la vicenda Trump-Biden avrà forse il merito di indebolire tale mito e restituire un’immagine più veritiera e complessa della transizione dei poteri anche in un iconico sistema presidenziale com’è quello degli Stati Uniti.

<sup>(5)</sup> J.M. BEERMAN, *Presidential Power in Transitions*, in « Boston University Law Review », 83 (December 2003), 5, p. 982.

ricorrente nella storia americana e che solleva curiosi interrogativi « regarding presidential power and administrative law generally » (6); interrogativi che hanno contribuito all'emersione della comune — e tutt'altro che neutrale — definizione di « midnight regulation » (7). Del resto, l'attività che si svolge durante la « presidential transition » non conosce un'approfondita normazione ed è 'regolata' soprattutto da alcune consuetudini e dal riferimento a un generico rispetto della tradizione democratica, con il conseguente alternarsi di situazioni molto diverse tra loro nel corso della storia, tra cooperazioni e sabotaggi più o meno evidenti (8).

Un atteggiamento collaborativo (o meno) può essere ricondotto alla scelta operata dai due 'sfidanti' tra due contrapposte volontà al momento del passaggio di consegne: realizzare, da un lato, azioni di « good government », o mettere in atto, dall'altro, strategie di « good

---

(6) Ivi, p. 950.

(7) Mentre il termine « midnight regulation » può maliziosamente evocare al lettore italiano quel « *favore delle tenebre* » paventato in relazione alla decretazione emergenziale legata all'attuale pandemia, per quanto riguarda gli Stati Uniti essa non costituisce un'inedita reazione alla crisi contemporanea: come ricorda Zoffer, per esempio, « the midnight judicial appointment at issue in *Marbury v. Madison* arose out of a presidential transition », palesando come « [t]his sort of transition tension is as old as the nation itself » (ID., *The Law of Presidential Transitions*, cit., p. 2504). Per esempi più recenti e non « contaminati » da situazioni necessariamente emergenziali è sufficiente guardare alle diverse ma egualmente complesse transizioni Clinton-Bush nel 2000, e Obama-Trump nel 2016, ricostruite rispettivamente nei testi BEERMAN, *Presidential Power in Transitions*, cit., e M.W. COTTER, *How the Presidential Transition Process Works And Why This One Will Be Like No Other*, in « American Diplomacy », January 31, 2017.

(8) J.M. BEERMAN, W.P. MARSHALL, *The Constitutional Law of Presidential Transition*, in « North Carolina Law Review », 84 (May 2006), 4, p. 1255. L'unica normazione riguarda la predisposizione di un budget dedicato ai sensi del Presidential Transition Act del 1963: se in passato la transizione era finanziata, così come le campagne elettorali, con fondi « privati » del partito o del candidato attraverso donazioni, con questa legge « Congress provides funds for the President-elect to establish a transition team and to bring potential appointees to Washington for interviews and general vetting » (ivi, p. 1264). Anche questo aspetto è tuttavia in discussione oggi alla luce del mancato riconoscimento della sconfitta da parte di Trump e del suo staff, vd. D. NAKAMURA, *Trump's bid to discredit election raises fear that he will undermine a smooth transfer of power*, in « The Washington Post », November 7, 2020 ([https://www.washingtonpost.com/politics/trump-concession-transition-power/2020/11/07/2b4cf640-20e4-11eb-b532-05c751cd5dc2\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/politics/trump-concession-transition-power/2020/11/07/2b4cf640-20e4-11eb-b532-05c751cd5dc2_story.html)).

politics »<sup>(9)</sup>. Se la consuetudine vuole che al presidente-eletto siano offerti gli strumenti per arrivare all'insediamento sufficientemente 'preparato' per l'incarico (« historically, outgoing officials have held meetings with their successors and some have remained in office for a time after the new President was inaugurated to help with the transition », ricordano ancora Beerman e Marshall), d'altro canto non esiste alcuna imposizione diretta affinché un presidente uscente sia 'costretto' a predisporre « the political road for his successor »<sup>(10)</sup>.

Ciò non sta a significare, tuttavia, che tale 'stagione' presidenziale si collochi totalmente al di fuori di qualsiasi tracciato normativo: a guidare la « presidential transition » restano alcuni principi costituzionali generali e ineludibili che, in definitiva, impongono « substantial and significant obligations on Presidents during the transition between administrations »<sup>(11)</sup>. Si tratta di principi direttamente ricavabili dal testo costituzionale e che, nel tipico linguaggio costituzionale americano, si esplicitano sotto forma di clausole.

La prima di esse, la c.d. « Term Clause », rappresenta tra i limiti costituzionali dei poteri del presidente quello di natura più 'formale': imponendo un limite temporale al mandato (4 anni) si sancisce anche l'impossibilità di rinviare o modificare i termini, appunto, temporali della transizione. La disposizione appare netta e non ammette eccezioni neppure in situazioni emergenziali o di gestione delle crisi, poiché « [t]ransition in time of crisis and uncertainty may be risky, but the risk of abuse of power by an incumbent government is, in the long run, even

---

<sup>(9)</sup> Favorire la transizione offrendo accesso « to the material, ideas, and data to address important issues » aiuta a garantire una risposta pronta e adeguata alle complesse istanze sociali che il nuovo governo si troverà ad affrontare; d'altro canto questo può rappresentare una scelta politica « suicida », soprattutto oggi che viviamo evidentemente « the era of the permanent campaign in which all government action is undertaken with an eye to its electoral effect », cfr. BEERMAN, MARSHALL, *The Constitutional Law of Presidential Transition*, cit., pp. 1268, 1269.

<sup>(10)</sup> 10 Ivi, p. 1290. Nel corso degli ultimi anni appare una tendenza comune in diverse esperienze democratiche quella di un'evoluzione del dibattito politico sempre « attento » all'effetto prim'ancora elettorale che politico delle scelte amministrative dei governanti, e così anche negli Stati Uniti ove « presidential power is exercised not only in the service of government but also in the service of the next legislative battle, the next election, and even the next news cycle. For the outgoing President or incoming President to choose not to work with the other (particularly when they are from different political parties) might then be seen as politically necessary. After all, neither side wants to help political opponents further their political agenda », ivi, p. 1269.

<sup>(11)</sup> Ivi, p. 1256.

greater »<sup>(12)</sup>. Tale garanzia sembra però agire come un limite ‘esterno’, non offrendo ulteriori imposizioni o raccomandazioni in riferimento al contegno da tenere nel delicato periodo transitorio.

In tal senso potrebbe invece intervenire la c.d. « Oath Clause » che, trattandosi del generale « duty of the President to preserve, protect, and defend the Constitution », impone al presidente la fedeltà ai principi costituzionali anche in relazione al periodo transitorio, durante il quale la volontà di non favorire una cooperazione non può in nessun caso esporre il Paese « to substantial risk[s] » legati a un eventuale « failure to alert and cooperate with the incoming President with respect to imminent dangers facing the nation »<sup>(13)</sup>. Pur venendo sempre declinata con particolare riferimento alle questioni di politica estera o di « national security », essa potrebbe offrirsi a un’applicazione più generale in caso di particolari crisi ed emergenze come, per esempio, quella sanitaria ora in atto. Questa clausola assieme a un altro e pur sempre generalissimo principio costituzionale che impone un diretto obbligo di ‘azione positiva’ del Presidente per dar corso alle decisioni degli altri (e con lui contro-bilanciati) poteri dello Stato, come sancito dalla « Take Care Clause »<sup>(14)</sup>, assumono un peculiare rilievo nelle transizioni al fine di garantire una continuità amministrativa, pur restando spesso incerto il confine tra obbligo giuridico e autonomia politica del presidente uscente nell’assumere determinate decisioni.

Infine, a imporre un contegno ‘limitato’ al « lame-duck President » ci sarebbe un’obbligazione, per così dire, democratica e che graverebbe in forza del peso, appunto, democratico insito nel risultato elettorale: opporsi a una transizione legittimata dal popolo con il voto andrebbe contro ai principi fondativi di democraticità tipici del sistema e, prim’ancora, della cultura costituzionale americana. Se, tuttavia, appare un’onorevole quanto preziosa « obbligazione naturale », di contro essa palesa tutta la propria ‘fragilità’ perché privata di un preciso sostegno normativo derivante dalla lettera della Costituzione stessa, che anzi appare in aperta contraddizione laddove, fissando formalmente il mandato presidenziale nella durata di quattro anni con scadenza al 20

---

(12) Ivi, p. 1273. L’effettività di tale clausola è riprovata anche dall’insuccesso recente del tentativo del presidente Trump di rinviare l’elezione adducendo quale giustificazione l’emergenza sanitaria in corso: il rispetto dei tempi repubblicani (nel senso tradizionale e non partigiano del termine), scanditi anche dalle elezioni presidenziali, ha prevalso su qualsiasi ragione contingente di necessità.

(13) Ivi, p. 1274.

(14) U.S. Constitution, Article II, Section 3: « [the President] shall take Care that the Laws be faithfully executed ».

gennaio, conferisce al presidente uscente « the right to continue to pursue her agenda until the new President is inaugurated » (15).

Come accennato, la crisi sanitaria in corso potrebbe richiedere una gestione eccezionale, che travalichi i tradizionali confini di questo già delicato ‘passaggio’ costituzionale per garantire una più incisiva gestione dell'emergenza e per gettare più solide basi per la futura ‘ricostruzione’ e, solo così, « a Biden-Harris administration, propelled by the foundation laid by the transition, will lead a just and equitable recovery that rebuilds a strong, inclusive middle class and builds an economy for the future » (16). Le dieci settimane ‘d’attesa’ appaiono, allora e su entrambi i versanti, un tempo tutt’altro che irrilevante per il funzionamento del potere esecutivo americano.

Se la storia (e tanto meno la storia del diritto) non è fatta di corsi e ricorsi, essa il più delle volte non ci lascia, però, privi di curiosi precedenti; l’attuale transizione di potere ci permette, così, di rivolgere lo sguardo a un’altra tumultuosa elezione presidenziale del passato, quella del novembre 1932, anch’essa inserita in un contesto emergenziale, figlio della crisi economica del ’29, e che egualmente sembrava testare la concreta resistenza degli ingranaggi repubblicani a uno stress politico non indifferente. Si tratta di una vicenda, quella dell’inverno 1932, che per prima ha condotto a una riforma del sistema del passaggio di consegne americano: l’attesa, per lo più inoperosa, fino al successivo insediamento del 4 marzo 1933 sembrò oltraggiosa in una situazione di crisi e l’emanazione del XX Emendamento intervenne « precisely to overcome this four-month hiatus and its perceived disadvantages » (17).

È questo esempio di una transizione tra ‘due mondi’ tutt’altro che conciliante, e che vide esplicarsi in un particolare provvedimento la sua naturale conflittualità, che si proverà adesso brevemente a ricostruire.

## 2. *La « Guerra dei mondi »: la Grande depressione e l’elezione presidenziale del 1932.*

No one would have believed in the last years of the nineteenth century that

---

(15) BEERMAN, MARSHALL, *The Constitutional Law of Presidential Transition*, cit., p. 1289. Questo, secondo gli aa. non avviene senza contro-limiti poiché « the incoming President has adequate tools to deal with any last minute actions by the outgoing administration », tanto da far loro concludere che « we do not believe that midnight regulation violates the outgoing President’s transition related duties ».

(16) Il testo è reperibile sul sito *web* istituzionale della « Biden-Harris Transition », che include una sezione dedicata proprio al ruolo della transizione dov’è riportata l’enfatica ma evocativa affermazione qui citata. Cfr. <https://buildbackbetter.gov/the-transition/>.

(17) LEVINSON, *Presidential Elections and Constitutional Stupidities*, cit., p. 185.

this world was being watched keenly and closely by intelligences greater than man's and yet as mortal as his own; that as men busied themselves about their various concerns they were scrutinised and studied, perhaps almost as narrowly as a man with a microscope might scrutinise the transient creatures that swarm and multiply in a drop of water <sup>(18)</sup>.

Allo stesso modo, quasi nessuno sul finire dell'Ottocento in America immaginava e nemmeno auspicava che un'altra forza (non extra-terrestre) avrebbe potuto prendere sempre più campo nella vita dei cittadini al di fuori degli individui stessi; che sarebbe stato, poi, il governo a « studia[re] e analizza[re] gli esseri umani occupati nelle loro varie faccende » perché incaricato di regolare e persino dirigere molti dei loro sforzi quotidiani (in primis, economici) appariva un'evenienza ancora più irrealistica o inauspicata rispetto a quella di un'invasione aliena.

Ancora alle porte del crollo di Wall Street, nonostante nel corso dei primi trent'anni del Novecento alcuni 'sforzi' fossero stati intrapresi per superare l'individualismo competitivo che aveva dominato la cultura giuridica ed economica, a guidare il governo americano erano una politica e un'interpretazione costituzionale dei poteri dello Stato ancora troppo legate al mito del *laissez-faire* per lasciare adito a invasioni *aliene* nel munito recinto proprietario. Fu soltanto la crisi finanziaria iniziata nell'autunno del 1929, e che non avrebbe dato segno di arrestarsi negli anni a venire, a palesare agli occhi di molti la fine di quel mondo ideale.

Il neo-eletto Herbert Hoover, non certo un individualista sfrenato ma neppure un fautore di teorie e politiche eterodosse rispetto alla consolidata tradizione liberale americana, aveva affermato al proprio insediamento nel marzo del 1929 la volontà di proseguire sulla strada di una regolazione dell'economia che tenesse ben distinti i piani pubblico e privato, nel rispetto dei limiti costituzionali e dell'autonomia statale: quello del governo federale doveva rimanere, quindi, un intervento eccezionale e residuale, necessario soltanto laddove la libertà del mercato rischiava di venir meno <sup>(19)</sup>.

Per sua sfortuna, pochi mesi più tardi un vero e proprio terremoto economico avrebbe travolto il Paese, e con esso la sua presidenza,

---

<sup>(18)</sup> H.J. WELLS, *The War of the Worlds*, London, W. Heinemann, 1898, p. 1. Il romanzo « La guerra dei mondi », tra i primi esempi di narrativa fantascientifica, fu pubblicato per la prima volta a puntate sulla rivista inglese « Pearson's Magazine » e su quella americana « The Cosmopolitan » nel 1897.

<sup>(19)</sup> H. HOOVER, *Inaugural Address*, in « The American Presidency Project », a cura di G. Peters e J.T. Woolley (<https://www.presidency.ucsb.edu/node/207571>). Nel passaggio dedicato alla « Relation of Government to Business », si dichiaravano apertamente i confini teorici della regolazione hooveriana che seguiva un'interpretazione consolidata e « limitante » della clausola del « business affected with public interest » in

ma non le sue convinzioni: fautore già nei primi anni Venti di una politica nota come « new competition », che si fondava sulla « *self-regulation* » degli operatori di mercato, egli perseguì tale approccio durante tutto il suo mandato, ritenendolo capace di massimizzare i livelli di produzione e ricchezza più di quanto una competizione smodata o, viceversa, una pianificazione radicale potessero mai consentire (20).

L'esperienza della Prima guerra mondiale e le conseguenti strutture dirigistiche dell'economia messe allora in moto non vennero del tutto ripudiate, certo, ma la convinzione che l'apporto governativo alle politiche produttive del Paese dovesse risiedere essenzialmente in quello di una 'guida' neutrale fondata sullo studio di statistiche piuttosto che in un più incisivo e diretto intervento rimaneva la bussola del suo agire: l'ideale hooveriano confidava nel fatto che — come perfettamente sintetizzato da Hawley — « America could benefit from scientific rationalization and social engineering without sacrificing the energy and creativity inherent in individual effort, 'grassroots' involvement, and private enterprise », senza, di contro, doversi arrendere all'affermazione di un odiato e temuto spettro: il « big government » (21).

Ciò che si cercava di mantenere inalterato nel pur moderno (e moderato) riformismo hooveriano era il tradizionale equilibrio repubblicano dei poteri dello Stato, e con esso le rigide garanzie (per lo più giurisdizionali) poste a tutela della proprietà e, più in generale, dell'individualismo competitivo ottocentesco: un quadro teorico che, tuttavia, non sembrava in grado di reggere alle montanti pressioni economico-sociali del primo dopoguerra.

Una volta ottenuta l'elezione, Hoover aveva affermato quale suo compito principale « to give the best within me to interpret the common sense and the ideals of the American people » (22); ebbene, durante il suo mandato e con l'acuirsi della depressione economica il 'comune sentire' mutò ben presto volto e una crescente fetta della pubblica opinione iniziò a invocare un intervento energico che il Presidente in carica non sembrava poter e voler realizzare.

riferimento alle libertà economiche, e dell'« interstate commerce » con riguardo all'estensione delle competenze federali.

(20) L. PHILLIPS SAWYER, *American Fair Trade. Proprietary Capitalism, Corporatism, and the 'New Competition,' 1890-1940*, Cambridge University Press, 2018, p. 151.

(21) E.W. HAWLEY, *Herbert Hoover, the Commerce Secretariat, and the Vision of an "Associative State", 1921-1928*, in « The Journal of American History », 61 (June 1974), 1, pp. 116-140.

(22) H. HOOVER, *Message to the American People After the Election Victory*, in « The American Presidency Project », (<https://www.presidency.ucsb.edu/node/345939>).

Fu l'onda di tale fervore dirigistico che tentò di cavalcare Franklin Delano Roosevelt. Sostenuto da una pletera di collaboratori molti dei quali seguaci di teorie non-tradizionali ed eterodosse e poi giornalisticamente (e storiograficamente) noti col nome di « *brain-trust* », egli finì per delineare un programma dai confini sia teorici che pratici incerti, ma tutto incentrato sulla volontà d'azione e sulla « sostituzione di una guida realistica degli affari economici al posto dell'individualismo romantico, tragico e bieco » (23).

Durante la campagna elettorale i discorsi pronunciati dal futuro presidente offrirono degli 'assaggi' delle convinzioni e delle azioni immaginate per uscire dalla crisi dai suoi *brain-trusters* (in molti casi i veri autori degli interventi stessi) delineando « a coherent analysis of the Depression and a recovery programme that profoundly differed from Hoover's » senza invero rivelare una 'ricetta' univoca e personale (24).

Indeterminatezza progettuale di un salvifico New Deal, da un lato, e cristallino rifiuto della tradizionale 'ricetta' avversaria, dall'altro, costituirono il propellente del successo elettorale *in-the-making* e, probabilmente, gli unici ingredienti ritenuti necessari dallo stesso Roosevelt.

Never before in modern history have the essential differences between the two major American parties stood out in such striking contrast as they do today. Republican leaders not only have failed in material things, they have failed in national vision, because in disaster they have held out no hope, they have pointed out no path for the people below to climb back to places of

---

(23) R.G. TUGWELL, *Nuova energia all'agricoltura* (1933), 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. 41. Tugwell fu tra i collaboratori di Roosevelt uno dei sostenitori più « radicali » della pianificazione economica da parte del governo (vd. ID., *The Industrial Discipline and the Governmental Arts*, New York, Columbia University Press, 1933). Le sue posizioni lo portarono a essere una figura storiograficamente complessa e spesso misrappresentata agli occhi della pubblica opinione, cfr. B. STERNISHER, *Rexford Tugwell and the New Deal*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1964.

(24) A.J. BADGER, *The New Deal. The Depression Years, 1933-1940*, London, MacMillan, 1989, p. 64. Il compito principale loro affidato da Roosevelt consisteva nel formulare « a coherent analysis of the Depression and a recovery programme that profoundly differed from Hoover's » (ivi, p. 61), e mentre le posizioni di alcuni membri di questo « gruppo » di « academics from Columbia University » erano note e definite, altrettanto non si poteva dire dello stesso Roosevelt che non sembrava preferire un « single concept of political economy » al di là del generico « enthusiasm for the broad vision of economic rationalization that the business planners and state planners seemed to share ». A. BRINKLEY, *The End of Reform. New Deal Liberalism in Recession and War*, New York, Alfred A. Knopf, 1995, p. 38.

security and of safety in our American life. [...] I pledge you, I pledge myself, to a new deal for the American people. Let us all here assembled constitute ourselves prophets of a new order of competence and of courage. This is more than a political campaign; it is a call to arms. Give me your help, not to win votes alone, but to win in this crusade to restore America to its own people (25).

Non una sfida elettorale, quindi, ma una vera e propria « guerra dei mondi », tra progetti e visioni inconciliabili, della società, dell'economia e del governo della Nazione. Si trattava di una radicalizzazione delle differenze tra i due principali partiti americani unica (e che solo oggi, probabilmente, vediamo ripetersi a un livello tanto estremo), per di più alimentata dal fatto che « for the first time since the Civil War, a change of Presidents was intimately bound up with a major national crisis » (26).

Promuovere un « nuovo corso » poteva significare persino ripensare quella tradizione costituzionale che finora aveva tenuto insieme, pur nelle loro differenze, democratici e repubblicani perché oramai incapace di incontrare le esigenze dei tempi nuovi, anche a costo di ripensare tutele e diritti consolidati: questo era il compito dei governanti, questa la volontà dell'opinione pubblica (27). E tale si dimostrò il successivo 8 novembre 1932 alle urne ove, nonostante i tentativi di screditare lo sfidante (come ricorda Laurin Henry, infatti, « during the campaign Hoover tried to picture Roosevelt as dangerously radical, but without much success » (28)), il risultato apparve ben presto ineluttabile: già alle nove e trenta postmeridiane della 'sua' Stanford in California, Hoover concedeva la vittoria. Tuttavia, pur riconoscendo educatamente l'incontestabile verdetto elettorale, egli non poteva non

---

(25) F.D. ROOSEVELT, *Address Accepting the Presidential Nomination at the Democratic National Convention in Chicago (July 2, 1932)*, in « The American Presidency Project » (<https://www.presidency.ucsb.edu/node/275484>).

(26) L.L. HENRY, *Presidential Transitions*, Washington D.C., The Brookings Institution, 1960, p. 442.

(27) Un « invito » raccolto a piene mani da Roosevelt che non stentava a riconoscere la necessaria « re-definition of these rights » (i diritti e le libertà costituzionali) poiché « new conditions impose new requirements upon Government and those who conduct Government ». Cfr. F.D. ROOSEVELT, *Campaign Address on Progressive Government at the Commonwealth Club in San Francisco, California (September 23, 1932)*, in « The American Presidency Project » (<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=88391>). Anche questo discorso rientra in quel novero di interventi preparati dai collaboratori di Roosevelt e che ne esprimevano i diversi punti di vista, in questo caso Adolf Berle come ricordato da Raymond Moley nel suo *The first New Deal* (New York, Harcourt, Brace & World, Inc., 1966).

(28) HENRY, *Presidential Transitions*, cit., p. 281.

percepire tale sconfitta come una resa al nemico piuttosto che un pacifico (e paritario) passaggio di consegne all'avversario (29).

### 3. *Un intervento necessario: la nascita della Reconstruction Finance Corporation.*

Nonostante non confidasse nell'intervento salvifico del « big government », un Herbert Hoover sorpreso dall'inarrestabile intensità della Grande depressione durante la sua presidenza non era rimasto immobile in attesa dell'avvento di un più energico successore. In particolare, a destare la principale preoccupazione, visti l'alto numero di fallimenti e chiusure che si riverberavano sull'intera economia del Paese, fu il settore creditizio, alla cui crisi già nell'ottobre 1931 si tentò di dare una risposta attraverso la creazione della National Credit Corporation (NCC), un « soggetto di diritto privato partecipato da alcuni dei maggiori istituti bancari » (30) che si impegnava a concedere prestiti alle banche in difficoltà per garantire loro quella liquidità di cui erano sprovviste. Si trattava di una « private solution », ispirata ancora al mito individuale hooveriano e al rifiuto di un intervento (secondo lo stesso Hoover) liberticida del governo: una 'mano tesa' dal presidente ai banchieri, « hoping his faith in voluntarism would be vindicated » (31).

La fiducia nella 'coscienza collettiva' del mondo finanziario statunitense si dimostrò ben presto mal risposta. Nonostante un'iniziale diminuzione dei fallimenti, infatti, si continuavano a non intravedere ulteriori segnali di una più generale ripresa economica e, nel giro di pochi mesi, le pressioni per un intervento più incisivo — più 'autoritativo' — tornarono a farsi importanti.

---

(29) A una schiacciante maggioranza del voto nazionale (27.821.857 voti al candidato democratico contro i 15.761.841 per quello repubblicano), si accompagnò una vittoria in quasi tutti gli stati che determinò una distribuzione dei grandi elettori di 472 a 59. Nel telegramma di congratulazioni indirizzato da Hoover a Roosevelt egli garantiva « every possible helpful effort » per il bene della Nazione. Le informazioni qui esposte sono riportate nel prezioso database « The American Presidency Project » curato da Peters e Woolley (<https://www.presidency.ucsb.edu/node/207538>). Sulla replica di Roosevelt, invece, Henry osserva la mutata formulazione della frase di chiusura: da un'apertura a « pronta collaborazione » si passò a una più cauta e generica disponibilità verso la realizzazione dei « common purpose to help our country » (HENRY, *Presidential Transitions*, cit., p. 273).

(30) G. FONDERICO, *Gli USA al salvataggio delle banche nella grande crisi del '29*, in « Mercato Concorrenza Regole », XIII (Dicembre 2011), 3, p. 552.

(31) J.S. OLSON, *Saving Capitalism: The Reconstruction Finance Corporation and the New Deal, 1933-1940*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1988, p. 10.

Tra i *businessmen* e gli stessi amministratori federali era forte il richiamo 'sirenico' esercitato da un precedente, quella War Finance Corporation (WFC) che tanto aveva contribuito al successo economico americano durante il primo conflitto mondiale ma che, proprio per questo, rappresentava agli occhi di Hoover « the specter [...] of a war economy and the all pervasive role assumed by government during that period »<sup>(32)</sup>. Nell'autunno 1931 modellare uno strumento capace di offrire *recovery* e, al contempo, coordinare gli sforzi economici per far fronte a una situazione emergenziale, seppur in tempo di pace, apparve agli occhi di molti una soluzione ineludibile<sup>(33)</sup>.

Il presidente, vivendo un complicato conflitto interiore tra la volontà, da un lato, di rispondere prontamente all'esigenze imposte dalla crisi e, dall'altro, il desiderio di non cedere ai dèmoni (o demòni?) del protagonismo federale in economia venerati da alcuni suoi collaboratori e altri funzionari federali (Eugene Meyer, su tutti), palesava la fragilità di un sistema ideologico oramai inadatto a sostenere i ritmi accelerati dell'economia e della società novecentesca: il continuare a predicare pazienza in attesa di un ripresa figlia del volontarismo, infine, ha storiograficamente 'condannato' la figura di Hoover a scontare lo stigma di un in-decisionismo più marcato di quanto, in realtà, egli avesse effettivamente tenuto nel difendere, invece, con convinzione i propri assunti teorici.

Così, quando il 22 gennaio del 1932 un Congresso già dominato dal Partito democratico approvò la creazione di una Reconstruction Finance Corporation (RFC) « to provide emergency financing facilities for financial institutions »<sup>(34)</sup>, Hoover appariva quasi lo sconfitto di

---

<sup>(32)</sup> J.S. OLSON, *The end of voluntarism: Herbert Hoover and the National Credit Corporation*, in « Annals of Iowa », 41 (Fall 1972), 6, p. 1108. A sostenere con vigore presso Hoover le istanze di una novella WFC « in the dark days of 1931 » fu soprattutto Eugene Meyer, membro e Chairman del Board of Governors della Federal Reserve, la cui « intimate acquaintance with the operations of the WFC » lo convinsero dell'utilità di una forma di intervento quasi bellico per risolvere la pur pacifica emergenza in atto. G.D. NASH, *Herbert Hoover and the Origins of Reconstruction Finance Corporation*, in « The Mississippi Valley Historical Review », 46 (December 1959), 3, p. 456.

<sup>(33)</sup> Solo Hoover ancora nel dicembre 1931 sperava di poter insistere sulla soluzione « volontaria » ampliando la portata delle « Federal Reserve eligibility rules so as to stimulate bank credits for the National Credit Corporation » ed evitare la formazione di una « governmental finance corporation » (NASH, *Herbert Hoover and the Origins of RFC*, cit., p. 465) pur cogliendo egli stesso le « somiglianze » tra emergenza bellica e crisi del '29 e arrivando persino a rintracciare nella Grande depressione « the last phase of World War I » (OLSON, *Saving Capitalism*, cit., p. 10).

<sup>(34)</sup> Si tratta dell'affermazione presente nella stessa Declaration of Policy della norma. Cfr. anche F.E. HOSEN, *The Great Depression and the New Deal. Legislative Acts*

una regolazione da lui stesso avviata poiché con essa si inaugurò, di fatto, « an embryonic governmental-business relationship which would quickly evolve into New Deal »<sup>(35)</sup>.

Pur nascendo con l'intenzione di avere natura provvisoria ed emergenziale (come il suo illustre precedente, la WFC), la novella Corporation governativa squarciava il 'velo del tempio' del *laissez-faire* all'americana, spalancando le porte a un futuro sviluppo quasi-alluvionale di strumenti e interventi pubblici nell'agone economico, capaci così di realizzare forme di capitalismo regolato, inedite oltreoceano e (forse) persino nel continente<sup>(36)</sup>.

Anche da un punto di vista più propriamente giuridico-formale, la creazione della RFC sembrava sollevare numerosi quesiti tra gli studiosi americani che cominciarono a interrogarsi sulla 'collocazione' di un tale strumento all'interno dell'organizzazione amministrativa americana: consacrando il modello delle « governmental corporations » come forma 'normale' della regolazione economica sembravano sgretolarsi le mura che avevano fortificato e tenuto ben distanti i 'reami' del privato e del pubblico<sup>(37)</sup>.

Così facendo, si esaurivano le spinte di un opposto modello politico e teorico, un modello radicato nella tradizione americana e rilanciato da una presidenza convinta di dover affrontare una stagione d'espansione economica piuttosto che di recessione. Fu allora, nei

in *Their Entirety (1932-1933) and Statistical Economic Data (1926-1946)*, Jefferson, NC, McFarland & Co., 1992, p. 2.

<sup>(35)</sup> OLSON, *The end of voluntarism*, cit., p. 1113.

<sup>(36)</sup> OLSON, *Saving Capitalism*, cit., pp. 13-15, 88 e ss. Per esempio, la quasi contestuale creazione in Italia di un simile strumento nelle forme dell'Istituto Mobiliare Italiano (IMI) segnala un interessante elemento di trasnazionalità delle soluzioni approntate in risposta alla Grande depressione, capaci di avvicinare (più o meno consapevolmente) esperienze giuridiche tradizionalmente distanti, sul punto cfr. K.K. PATEL, *Il New Deal. Una storia globale*, Torino, Einaudi, 2018.

<sup>(37)</sup> Pur avendo una struttura decisamente commerciale e non amministrativa (la RFC era, di fatto, una società commerciale con un capitale di 500 milioni di dollari) la confusione tra piani era alimentata dal fatto che il capitale sociale fosse interamente versato dallo stesso governo americano il quale ne era perciò l'unico proprietario, « its corporator », cfr. H. PINNEY, *The Legal Status of Federal Government Corporations*, in « California Law Review », 27 (1939), pp. 712-736. Molti furono gli scritti dedicati al tema delle government corporation, tra cui si segnalano: M.S. CULP, *Creation of Government Corporations by the National Government*, in « Michigan Law Review », 33 (February 1935), 4, pp. 473-475; O.P. FIELD, *Government Corporations: A Proposal*, in « Harvard Law Review », XLVIII (March 1935), 5, pp. 775-796; J. THURSTON, *Government Proprietary Corporations — I*, in « Virginia Law Review », XXI (February 1935), 4, pp. 351-396.

giorni più critici della depressione, che « when Hoover abandoned the National Credit Corporation he also abandoned realistic hopes for an active but limited federal government »<sup>(38)</sup>.

Attraverso questa vicenda possiamo allora notare quegli elementi di continuità che, oltre a quelli forse più noti di radicale rottura, caratterizzano la cultura giuridica del successivo New Deal e a cui una certa storiografia ha di recente tentato di conferire maggiore preminenza<sup>(39)</sup>. Riconoscendo un (forse non voluto) merito all'amministrazione precedente, si potrebbe allora concludere — con le parole di Olson — « in reality, the New Deal began not in the spring of 1933 but in the winter of 1931-32 when Herbert Hoover transcended voluntarism and brought on a direct intervention of the federal government into the economy »<sup>(40)</sup>. La transizione dei mesi successivi, però, non palesò una tale evidente continuità e, al contrario, molte furono le occasioni di scontro che si vennero a creare intorno allo sviluppo delle politiche e dell'azione della RFC.

4. *La RFC tra vecchio e nuovo corso. Un inverno transitorio in attesa di una « meritata vacanza ».*

La storiografia ha ben ripercorso come i primi mesi di vita della RFC realizzarono qualche effetto positivo sul settore bancario senza però rilanciare convintamente i livelli economici della nazione. Fra le molte ragioni che contribuirono a frenare la ripresa stava, ancora una volta, l'agire limitato della creatura hooveriana, condizionata sia dal persistere di alcune convinzioni presidenziali, sia dalla scarsa collaborazione che proveniva dal settore privato e con reciproche accuse tra le parti: se, da un lato, i banchieri stentavano a concedere prestiti ritenendo i criteri della RFC troppo 'generosi' e, di conseguenza, rischiosi

---

<sup>(38)</sup> OLSON, *The end of voluntarism*, cit., p. 1113.

<sup>(39)</sup> Come ha di recente evidenziato Laura Phillips Sawyer, « despite the perceived failure of Herbert Hoover's presidency, the succeeding presidential administration blended Hoover's style of associational management with a new brand of state corporatism, which coordinated market more forcefully at the national level ». PHILLIPS SAWYER, *American Fair Trade*, cit., p. 238. Allo stesso modo, la crescente fiducia riposta nella expertise, nella tecnicità a partire dagli anni Dieci del Novecento e in parte alimentata anche da teorie come la « new competition » rappresentarono un terreno ideale fertilissimo per l'affermazione di quella « expertise-based administration » che diverrà il più duraturo degli esiti del New Deal e capace, infine, « to dislodge the judiciary from its role protecting property and economic liberty », 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, p. 404.

<sup>(40)</sup> OLSON, *The end of voluntarism*, cit., p. 1113.

per la tenuta del settore creditizio, dall'altro, il governo sosteneva di aver già espletato il proprio compito nel ridare stabilità finanziaria al settore e attendeva, adesso, che i privati completassero l'opera con il proprio agire <sup>(41)</sup>.

Nel luglio 1932, quando le montanti pressioni dell'opinione pubblica, figlie anche di una spirale depressiva dell'economia che non accennava a rallentare, divennero oramai politicamente insostenibili per Hoover, si tentò allora di dare una prima soluzione ai difetti strutturali della RFC con l'emanazione dell'Emergency Relief and Construction Act: con tale normativa «unprecedented changes were made in the objectives, scope, and magnitude of the Corporation's activity» <sup>(42)</sup>, realizzando un'estensione delle forme di intervento pubblico a cui lo stesso presidente aveva finora opposto resistenza <sup>(43)</sup>.

La reticenza del mondo degli affari e dei banchieri, tuttavia, non mutò e nel novembre 1932, con lo spettro delle elezioni ben presente, un Hoover ai limiti del rassegnato arrivò addirittura a minacciare «to compete directly with them through RFC business loans, a step toward state capitalism he could hardly have imagined a year earlier» <sup>(44)</sup>. La portata della sconfitta elettorale, del resto, non lasciava presagire vita facile per il presidente uscente nelle settimane a venire, tanto da far ipotizzare ad alcuni osservatori contemporanei la possibilità di un passaggio anticipato di consegne, sfruttando le pieghe del Succession Act <sup>(45)</sup>, anche se appare ora chiaro come nessuno dei due protagonisti

<sup>(41)</sup> OLSON, *Saving Capitalism*, cit., pp. 16-17.

<sup>(42)</sup> J. FRANKLIN EBERSOLE, *One Year of the Reconstruction Finance Corporation*, in «The Quarterly Journal of Economics», 47 (May 1933), 3, p. 468. «The objectives sought by the original act of January, 1932» — concludeva Ebersole — «were purely defensive; the amended act of July, 1932, contained some features that were positively constructive».

<sup>(43)</sup> A farne le spese fu l'allora direttore Meyer che visti anche i precedenti contrasti, risultò agli occhi di Hoover un sacrificio necessario anche ad accaparrarsi il favore dei democratici, cfr. OLSON, *Saving Capitalism*, cit., p. 18-20.

<sup>(44)</sup> Ivi, p. 26.

<sup>(45)</sup> Si tratta di una normativa che regola i casi di successione presidenziale in caso di «removal, death, resignation or inability» come stabilito dall'Article II, Section 6, Clause 6, della Costituzione, che non prevede direttamente i criteri di successione ma autorizza il Congresso a disciplinare tali eventualità. Nella storia tre sono stati i Succession acts emanati, rispettivamente nel 1792, nel 1886, e nel 1947. Nel nostro caso, la normativa in vigore, quella del 1886, ammetteva la possibilità che l'incarico passasse al Segretario di stato in caso di dimissione del presidente e del vicepresidente: per realizzare una transizione anticipata, quindi, Hoover avrebbe dovuto nominare Roosevelt per tale incarico per poi dimettersi. Henry definisce questa ipotesi come semplice «newspaper speculation», cfr. HENRY, *Presidential Transitions*, cit., p. 275. Agli occhi

avrebbe voluto e potuto accettare con favore tale eventualità che, infatti, non si realizzò.

Inoltre, lo stesso Congresso, pur nella sua « lame-duck session », aveva una composizione decisamente più favorevole a sostenere le politiche future e futuribili di Roosevelt piuttosto che ad avallare la « midnight regulation » che Hoover avrebbe potuto proporre. Nonostante tutto, la situazione nazionale non sembrava permettere possibilità alcuna di stallo o inazione e lo stesso Roosevelt, conscio della propria impreparazione e pur temendo il potere di veto presidenziale, sapeva che l'approvazione di una legislazione capillare per la gestione dell'emergenza durante la transizione, seppur promossa da Hoover, gli avrebbe concesso una più semplice e graduale 'ascesa al trono', rinviando, per esempio, l'evenienza di delicate « special sessions » del Congresso ben oltre la data dell'insediamento <sup>(46)</sup>.

Dal canto suo, il presidente uscente — optando probabilmente per quell'atteggiamento di « good government » cui si faceva riferimento in apertura — decise di proporre nel dicembre 1932 una serie di riforme che coinvolgevano il budget e l'organizzazione dell'« executive branch » <sup>(47)</sup>, la regolamentazione della bancarotta <sup>(48)</sup> e, soprattutto, una revisione del sistema bancario e finanziario.

---

dell'opinione pubblica, tuttavia, tale mossa costituiva sicuramente un espediente interessante e suggerito anche prima delle elezioni, come è possibile ricostruire da un trafiletto del Washington Post nel quale si invitava Hoover a dar luogo a tale eventualità in caso di sconfitta, come « an evidence of true patriotism and good sportsmanship », vd. *Roosevelt's Quick Succession Asked. U.S. Civil Legion Advises Hoover to Resign in Case of Defeat*, in « The Washington Post », November 8, 1932, p. 13.

<sup>(46)</sup> HENRY, *Presidential Transitions*, cit., pp. 311-312.

<sup>(47)</sup> Nel discorso sullo « Stato dell'Unione », Hoover identificava « three definite directions in which action by the Government at once can contribute to strengthen further the forces of recovery by strengthening of confidence ». La prima di esse riguardava proprio « the continuing reduction of all Government expenditures, whether national, State, or local ». H. HOOVER, *Annual Message to the Congress on the State of the Union*, December 6, 1932, in « The American Presidency Project » (<https://www.presidency.ucsb.edu/node/207748>). A queste politiche che oggi definiremmo di « rigore » si accompagnava una riorganizzazione amministrativa già avviata nel giugno 1932 con una legge del Congresso e a cui adesso si dava attuazione per mezzo di Executive Orders del presidente, cfr. H. HOOVER, *Special Message to Congress on Reorganization of the Executive Branch*, December 9, 1932, in « The American Presidency Project » (<https://www.presidency.ucsb.edu/node/207798>). Tale intervento venne osteggiato dal Congresso scatenando una dura reazione da parte di Hoover, vd. H. HOOVER, *Statement About the Reorganization of the Executive Branch*, January 3, 1933, in « The American Presidency Project » (<https://www.presidency.ucsb.edu/node/207937>).

The basis of every other and every further effort toward recovery is to reorganize at once our banking system. The shocks to our economic system have undoubtedly multiplied by the weakness of our financial system. I first called attention of the Congress in 1929 to this condition, and I have unceasingly recommended remedy since that time. The subject has been exhaustively investigated both by the committees of the Congress and the officers of the Federal Reserve System <sup>(49)</sup>.

Alla raggiunta consapevolezza da parte di Hoover della necessità di una riforma del « banking and financial system », divenuto nel sistema economico contemporaneo « the essential lubricant to the wheels of industry, agriculture, and commerce » e che, alla prova dei fatti, si era dimostrato incapace « to meet this great emergency », non si accompagnava, tuttavia, la presa di coscienza o l'accettazione di forme di controllo e gestione del settore come quelle avviate negli ultimi mesi con l'esempio della RFC. Si continuava a sostenere, infatti, che « [t]he measures and policies which have procured this turn toward recovery should be continued until the depression is passed, and then the emergency agencies should be promptly liquidated », e in particolare

The creation of the Reconstruction Finance Corporation and the amendments to the Federal Reserve Act served to defend the Nation in a great crisis. They are not remedies; they are relief. It is inconceivable that the Reconstruction Corporation, which has extended aid to nearly 6,000 institutions and is manifestly but a temporary device, can go on indefinitely <sup>(50)</sup>.

La sconfitta era sì totale, ma la resa non sarebbe stata comunque semplice. Seppur ormai circondato da istanze regolatorie di natura sempre più strutturale che provenivano anche dai suoi stessi amministratori, Hoover non volle (o non riuscì ad) accettare che un modello da lui ritenuto sovversivo degli equilibri repubblicani potesse essere preso in considerazione 'a cuor leggero'. Così, quando ancora nel febbraio 1933 il settore creditizio versava in una crisi quasi irreversibile e l'ipotesi di una « national banking holiday » cominciò a circolare per le stanze di Washington, « Hoover was not so desperate yet » e insisteva nell'invo-

---

<sup>(48)</sup> Si tratterà di uno dei (pochi) settori in cui la « midnight regulation » hooveriana intervenne con successo, cfr. H. HOOVER, *Special Message to the Congress on Bankruptcy Legislation*, January 11, 1933, in « The American Presidency Project » (<https://www.presidency.ucsb.edu/node/207988>). Nel marzo 1933, a pochi giorni dall'insediamento di Roosevelt, la legge sui fallimenti vide la luce e, come ci ricorda Henry, « [t]he final version was somewhat watered-down from what Hoover wanted, but the bankruptcy bill went on the record as the sole major recommendation by the President adopted during the session », HENRY, *Presidential Transitions*, cit., p. 320.

<sup>(49)</sup> HOOVER, *Annual Message to the Congress on the State of the Union*, cit.

<sup>(50)</sup> *Ibidem*.

care soluzioni meno drastiche <sup>(51)</sup>. Per di più, si nutriva la fondata convinzione che un atto del genere sarebbe difficilmente sopravvissuto a un test di costituzionalità e, quando la soluzione sembrava ormai improcrastinabile, l'insediamento del futuro trentaduesimo presidente ormai alle porte aggiungeva quelle ulteriori difficoltà, tanto giuridiche quanto politiche, del dover conciliare le prerogative costituzionali del presidente uscente con quelle del suo, a breve, successore: non occorre qui ricostruire nel dettaglio, ancora una volta, il 'braccio di ferro' che intercorse nei primi giorni del marzo 1933 tra Hoover e Roosevelt che, con motivazioni diverse, non vollero infine accettare tale soluzione condivisa di una «vacanza bancaria» <sup>(52)</sup>. Ciò che avvenne — o, meglio, che non avvenne — certificò, tuttavia, il passaggio di consegne tra due visioni ideali che, pur presentandosi come inconciliabili, non poterono non scendere a patti con la realtà finendo per dar luogo (seppur solo inizialmente) a una certa dose di continuità.

Il 6 marzo 1933, a poche ore dal suo insediamento, Roosevelt dichiarò una «banking holiday» nazionale che, di fatto, era già stata predisposta dall'amministrazione precedente; allo stesso modo, il successivo Emergency Banking Act recuperò in parte le proposte già avanzate durante i mesi di transizione (tanto che Olson arriva ad affermare come «[t]he first major achievement of the New Deal, the Emergency Banking Act, was also the last major proposal of the Hoover administration» <sup>(53)</sup>) e, in particolare, intese rivedere ad ampliare i compiti affidati alla RFC, attribuendole il potere di rilasciare prestiti a

---

<sup>(51)</sup> OLSON, *Saving Capitalism*, cit., p. 31, vd. anche HENRY, *Presidential Transitions*, cit., p. 353 e ss.

<sup>(52)</sup> Soltanto il 2 marzo 1933 Hoover chiederà all'Attorney General di chiarire la costituzionalità di una «vacanza bancaria» che, data la vicinanza con l'insediamento, sollevava principalmente dubbi in merito alla mancata collaborazione del futuro presidente Roosevelt. Per una dettagliata ricostruzione della vicenda vd. OLSON, *Saving Capitalism*, cit., p. 30 e ss. Le ragioni di un mancato accordo tra i due presidenti si possono ricondurre, da un lato, al timore di concludere il proprio mandato con una decisione impopolare se assunta senza il consenso del proprio successore (da questo punto di vista a Hoover è stato storiograficamente rimproverato, ancora una volta, il proprio «indecisionismo», poiché «his own fears were immobilizing him once again», ivi, p. 36), dall'altro, neppure Roosevelt aveva interesse ad avallare un'azione che avrebbe potuto prendere personalmente dopo poche ore, con il vantaggio, non solo politico, di ridisegnarla a proprio piacimento: in definitiva, «Roosevelt refused to commit himself to a measure he had not developed or studied», ivi, p. 37. Sul punto erano inamovibili anche i collaboratori di Roosevelt, per esempio Tugwell, come riportato in HENRY, *Presidential Transitions*, cit., p. 349.

<sup>(53)</sup> OLSON, *Saving Capitalism*, cit., p. 41. «During the first days of the new Roosevelt administration», segnala ulteriormente Olson, «some of Hoover's closest

lunga scadenza e incaricandola di farsi direttamente carico dei debiti a media scadenza nei confronti del governo, e facendone lo strumento ideale, all'interno di un generale ripensamento del mondo creditizio, per il finanziamento e il sostegno delle politiche newdealiste.

Si trattò pertanto di un primo passo necessario a inaugurare quella stagione 'nuova', certamente di riforme istituzionali strutturali ma anche dell'affermazione di una cultura giuridica diversa che ha avuto una lunga vicenda formativa e un successo duraturo, al di là del contesto emergenziale. Eppure, si può concludere, questa storia iniziò a essere scritta anche grazie all'azione (e persino all'inazione) dei mesi di transizione dell'inverno 1932.

Con queste poche pagine si è voluto semplicemente ripercorrere un episodio della storia americana che, pur ben noto agli storici e non solo, può ancora oggi offrire interessanti appigli per ricostruire e ripensare quelle trasformazioni giuridiche (culturali, prim'ancora che istituzionali) che si realizzano spesso in tempi di crisi e che, ancora oggi, rendono gli anni Trenta del Novecento un terreno fertile per le ricerche dello storico e dello storico del diritto in particolare. Tuttavia, alcune brevi notazioni conclusive (ma tutt'altro che concludenti) sembrano ora necessarie, e soprattutto in ragione degli eventi che hanno investito gli Stati Uniti proprio nei giorni in cui questo contributo è stato redatto.

Le minacce alla tenuta dell'edificio democratico americano provenienti dal rifiuto di 'concedere' da parte di Trump e le conseguenti agitazioni da lui invocate e sostenute affinché si impedisse la transizione stessa, hanno provato ancora una volta la fragilità di qualsiasi sistema costituzionale, per quanto antico e storicamente radicato esso sia. Ciò non deve però far cedere a facili riduzionismi interpretativi, *in primis* a una troppo spesso evocata immagine di subalternità del diritto alla politica; e lo stesso può dirsi, per esempio, anche per quanto riguarda i rapporti tra diritto (e diritti) ed economia che, come abbiamo visto, hanno caratterizzato grandemente l'evoluzione storica (e giuridica) del Novecento, e così ancora oggi. Al contrario, queste vicende di transizione difficile sollecitano una riflessione proprio sulla rilevanza della loro interdipendenza piuttosto che sulla reciproca preminenza, che è questione — sia concesso, ancora una volta — culturale prim'ancora che tecnico-formale.

I sistemi democratici si articolano, infatti, attraverso meccanismi istituzionali di per sé fragili se non sorretti da un comune sentire in rapporto proprio a quelle 'regole del gioco' rese, così, capaci di sopravvivere alle pressioni confliggenti e figlie delle differenze naturalmente emergenti dal pluralismo sociale che essi ambiscono regolare.

---

associates stayed on as advisers. They had written the legislation for the banking holiday, the bank reorganization procedures, and the preferred stock purchase program ».

Quando un congegno istituzionale come la transizione sembra non funzionare, l'interrogativo da porsi non dovrebbe essere tanto quello dell'utilità o meno di tali strumenti, che si tratti di una transizione (forse) troppo lunga o un procedimento parlamentare (forse) troppo articolato per i tempi contemporanei (e a maggior ragione in tempi in cui la crisi non sembra più l'eccezione quanto piuttosto la regola): se rifiutati, infatti, il concreto rischio cui si potrebbe incorrere sarebbe quello di favorire un'ulteriore radicalizzazione dello scontro politico-elettorale, da cui uscirebbero allora, e sempre di più, 'vincitori e vinti', incapaci di riconoscere legittimamente l'indirizzo proposto dall'altro con l'intento di mitigarlo e, se possibile, condizionarlo proprio grazie ai congegni istituzionali offerti loro dalle stesse costituzioni.

Il vero interrogativo dovrebbe allora riguardare la perdita (o il completo travisamento) di valore delle 'regole del gioco', di volta in volta considerate 'sacrificabili' sull'altare del pragmatismo politico, della crescita economica, della sicurezza internazionale, etc., in una spirale che ha finito per eclissare progressivamente la dimensione progettuale delle costituzioni e che oggi, invece, appare opportuno che torni ad essere posta nuovamente al centro del discorso politico e giuridico.

Gli anni Trenta possono offrire una chiave di lettura interessante senza dubbio, ma le risposte per il presente andranno ricercate (anche, e soprattutto) altrove.

SEBASTIÁN MARTÍN

CRÍTICA DE LA DEMOCRACIA  
Y RESPONSABILIDAD DE LOS JURISTAS

(A propósito de José Esteve Pardo, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2020)

1. Proemio. — 2. Presentaciones. — 3. Síntesis. — 4. Aportaciones destacables. — 5. Apreciaciones sobre el contexto histórico-constitucional. — 6. Liberalismo contra democracia: Triepel, Kaufmann, Leibholz. — 7. Alcance real del control judicial de la ley. — 8. Réditos del institucionismo católico. — 9. ¿Exilio de administrativistas?; 10. Las funciones políticas de los discursos jurídicos y la responsabilidad de sus autores.

1. *Proemio.*

En la primavera de 1947, Carl Schmitt declaraba ante Robert Kempner, fiscal norteamericano del tribunal de Núremberg, sobre su implicación en el III Reich. « De lo que aquí se trata — inquiría el acusador — es de ¿en qué medida fundamentó científicamente los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y la expansión y el incremento del espacio vital por medio de la violencia? »<sup>(1)</sup>. La respuesta de Schmitt fue certera: « no existe protección alguna contra la mala utilización de los resultados de una investigación científica ». Dedicado al derecho público, y « expuesto — por consiguiente — de manera inmediata al peligro de lo político », era consciente de que, cuando llegan « tiempos agitados », cuando sobreviene la « guerra civil », « el investigador y profesor » de esa disciplina « se encuentra repentinamente circunscrito y empadronado con cualquier palabra o

---

<sup>(1)</sup> C. SCHMITT, *Respuestas en Núremberg*, Madrid, Escolar y Mayo, 2017, p. 66 y 90 (para la cita siguiente). Helmut Quaritsch, en la introducción al volumen, *Carl Schmitt en el centro penitenciario de Núremberg*, ya nos indica que en otros casos « la corte no consider[ó] la ‘autoría intelectual’ como motivo suficiente para una condena por participación en crímenes contra la paz », p. 23.

pensamiento libres » (2). Y eso posiblemente pensase que había ocurrido con algunas de las categorías doctrinales que había acuñado: mientras — si atendemos a sus reflexiones exculpatorias — él había operado como « el último representante consciente del *ius publicum Europeum* », ocupado en salvar los fundamentos reflexivos de la política de su completa secularización y tecnificación, había sido imposible evitar que sus conclusiones fuesen instrumentalizadas por los nazis.

Esto habría ocurrido, por ejemplo, con su noción de la *konkrete Ordnung*, útil para dar cobertura doctrinal a la posición de Hitler como « Jefe del Movimiento » (3). Ahora bien, la elocuente coincidencia de fondo de este planteamiento teórico con las concepciones institucionistas de Maurice Hauriou, más que apuntar hacia una responsabilidad en la legitimación de las dictaduras, indicaría entonces que las corrientes doctrinales objetivistas componían una suerte de *espíritu jurídico del tiempo*, del que se participaba sin necesidad de contar con agenda política precisa, y que se reproducía sin conocimiento de sus posibles implicaciones prácticas, o esperando que se realizasen sus mejores potencialidades pacificadoras. Pero cabría otra interpretación: entender que todas las corrientes objetivistas e institucionistas circulantes en los años 1920 y 1930 se hallaban abocadas a una materialización autoritaria, por promover la conexión privilegiada entre un bloque dirigente cerrado y las supuestas esencias jurídicas definitorias de la nación.

Ante este dilema interpretativo, conviene apuntar de entrada que quien suscribe el presente comentario ha experimentado un sensible desplazamiento en sus posiciones. Con una acusada propensión materialista, — al menos desde la lectura de *El asalto a la razón* de Lúkacs — había tendido a ver exagerada la atribución de responsabilidad por el advenimiento de los fascismos a las construcciones culturales y filosóficas. Pensaba que, al lado de la muy tangible contribución prestada por empresarios, industriales y banqueros a escuadras, militares golpistas y caudillos (4), el influjo efectivo de las ideas se reducía a

(2) C. SCHMITT, *Ex captivitate salus* (1946), en ID., *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945-1947*, Madrid, Trotta, 2010, p. 55 y 67 para la cita siguiente.

(3) C. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1934), en ID., *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 266 y 263-265 para su obvio parentesco con el « modo institucional » de pensar el derecho.

(4) Las primeras referencias que leí acerca del poder que financiaba, uniformaba y armaba a las escuadras en sus « expediciones de castigo » se encuentran en S. ZWEIG, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, Acanalado, 2002, pp. 452, 498-9. Poco tardé en saber que se trató de un fenómeno extendido también por Austria y por la España del Somatén y los pistoleros. Una última, ilustrativa lectura al respecto: E. VUILLARD, *El orden del día*, Barcelona, Tusquets, 2020.

muy poca cosa. Después estaba la indispensable separación entre el autor y su obra, la inevitable vida independiente a la que ésta accede tras su publicación, y la multiplicidad de orientaciones que puede imprimirle la praxis cuando se la apropia con fines de coartada. Por eso, para el análisis de una doctrina inequívocamente autoritaria en su planteamiento original como fue la *Integrationslehre* de Smend, creía de « escasa idoneidad historiográfica los reproches retrospectivos » que pudieran corresponsabilizarla en alguna medida de la barbarie (5). No se trataba de edulcorarla, ni de revestirla anacrónicamente de ropajes constitucionalistas y democráticos, como otros autores habían pretendido, sino de examinarla solo en el nivel del pensamiento jurídico.

Si alguna enseñanza cabe extraer del último ciclo de crisis desencadenado en 2008, y del correlativo auge populista (6), ha sido la de constatar la relevancia estructural insoslayable que los marcos culturales tienen para la acción con trascendencia colectiva. Además, justo el tiempo de Weimar — principalmente tras el desencadenamiento de la crisis de 1929 — se caracterizó por la muy extendida comprobación de cómo una « falsa conciencia » acerca del proceso de estratificación social, y de la posición objetiva ocupada en él, pudo determinar el comportamiento político y electoral de amplios segmentos de la población alemana, tanto de la clase media en vías de proletarizarse como de las propias capas de trabajadores arrojadas en brazos del nacionalsocialismo (7). Partiendo de estas premisas y a la vista de tales antecedentes, me resulta ahora más convincente la advertencia lanzada por Theodor W. Adorno respecto de la cultura y la sociedad alemanas, aunque de validez europea general, según la cual la transformación de la cultura en sentido totalitario no se debió tan solo a un efecto reflejo provocado por la « invasión » de « la fuerza y la violencia » en el recinto de la producción intelectual, sino que entroncó también con inclinaciones anteriores, bien extendidas en un mundo que ya « suspiraba por su Hitler », quien, a la postre, no habría sido sino « el último ejecutor

---

(5) S. MARTÍN, *Autoconservación contra nación. Lecturas de la Integrationslehre de Rudolf Smend en la doctrina jurídico-política española de los años treinta*, en « Revista de Estudios Políticos », 182 (2018), p. 118. Salvo alguna actualización bibliográfica puntual, se trata de un texto concluido en 2007.

(6) Últimamente expuesto sin los prejuicios convencionales por P. ROSANVALLON, *El siglo del populismo*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020.

(7) Abordo con cierto detalle ambos órdenes de cuestiones en *Iluminaciones sobre Weimar. Acotaciones histórico-culturales a un tiempo de transición y complejidad*, incluido en el volumen que después se referirá, pp. 714-717 y 731-736.

de tendencias que se habían desarrollado en el seno de la sociedad » con anterioridad <sup>(8)</sup>.

Contemplados desde este prisma, los autores de determinadas corrientes teórico-jurídicas, coincidentes en su oposición a la democracia republicana, habrían de soportar ciertas dosis de responsabilidad moral en la preparación del ambiente que corroyó la democratización del Estado y propició la erección de violentas dictaduras, por más que el monstruo al que habían alimentado terminase — como acaso no podía ser de otra manera — revolviéndose con virulencia contra ellos mismos. Sobre esto — asunto central de las presentes páginas — volveremos. Ahora conviene concluir este anticipo terminando de mostrar las cartas: indicando que, a modo de primer resultado del desplazamiento relatado, en otro lugar <sup>(9)</sup>, en calidad de « actos preparatorios » del totalitarismo en el terreno de la cultura jurídica, he identificado al menos tres corrientes que convergieron en el desempeño de esa función erosiva de la democracia y promotora de las dictaduras: las sociologías que describían la sociedad como una « totalidad » orgánica internamente integrada, desprovista de conflictos reales de intereses en los que las instituciones debiesen mediar; las corrientes institucionalistas y objetivistas que imponían límites supuestamente naturales a la acción del legislador; y, en el lugar más contraintuitivo, pero no por eso menos concurrido en aquel entonces, las direcciones liberal-conservadoras que, imponiendo al Estado la función de preservar ciertas magnitudes objetivas — como el « interés general » — identificadas con los institutos tradicionales del derecho privado, no reconocían a las repúblicas democráticas legitimidad alguna en cuanto « régimen de Estado », abogando explícitamente por la reinstauración del viejo *Rechtsstaat* a través de medios dictatoriales <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Th. W. ADORNO, *Lo que el nacionalsocialismo ha hecho con la cultura y las artes* (1945), en ID., *Obra completa*, 20/2: *Miscelánea II*, Madrid, Akal, 2014, p. 434, y *Vuelta a la cultura* (1944), en ID., *Obra completa*, 4: *Mínima moralía. Reflexiones desde la vida dañada*, Madrid, Akal, 2004, p. 63, extrayendo aquí la inevitable conclusión: « Quien quiera tomar posición contra el fascismo de la cultura tendrá que empezar ya por Weimar ».

<sup>(9)</sup> S. MARTÍN, *El derecho en los tiempos del totalitarismo*, a publicarse en *Historia do Direito*.

<sup>(10)</sup> Así, frente a « la esencia dictatorial de las masas », Luis Legaz Lacambra pensaba que había « que decidirse por *defender dictatorialmente la libertad* » — una libertad, cabe precisar, entendida según su acepción liberal tradicional —: *El Estado de derecho en la actualidad: una aportación a la teoría de la juridicidad*, Madrid, Reus, 1934, pp. 41 y 96.

## 2. Presentaciones.

El libro aquí comentado se ocupa precisamente de aportaciones incluidas en esa triple constelación doctrinal. Y lo hace desde una perspectiva diversa a la recién abocetada, pues comienza relativizando su vinculación con los sistemas políticos autoritarios. Su publicación ofrece así buena ocasión para contrastar pareceres, valorar enseñanzas y ampliar el debate sobre un asunto — el de la responsabilidad política del jurista en momentos de crisis — nunca del todo caducado, y hoy acaso reavivado.

Comencemos con las presentaciones de rigor. Comentamos un libro escrito por un reputado administrativista barcelonés. No es un dato casual por varios motivos. De hecho, alguna razón latente debe existir para que la academia jurídica española se singularice por tener sólidos administrativistas que se han ocupado de la dimensión histórica de los asuntos del derecho público. Baste tener presentes los nombres de Eduardo García de Enterría, Alfredo Gallego Anabitarte, Alejandro Nieto o Francisco Sosa Wagner para que acudan a las mentes títulos de notoria relevancia sobre la historia constitucional y del Estado <sup>(11)</sup>, o sobre la genealogía de la propia iuspublicística <sup>(12)</sup>.

El autor de la presente monografía, José Esteve Pardo, se suma con voz propia a esta honorable nómina de administrativistas-historiadores. Algunos atributos bien notorios distinguen su timbre intelectual: una visión cultural amplia de la propia disciplina que cultiva <sup>(13)</sup>, no sometida a los corsés ordenancistas al uso en otros autores del ramo; una singular capacidad para trazar certeros diagnósticos sobre el tiempo de transición que nos envuelve <sup>(14)</sup>; una visible agilidad para identificar los nudos de los debates teóricos en el universo del derecho; y su apreciable habilidad para la prosa ensayística entendida en el mejor de los sentidos, esto es, el que logra hacer asequibles

---

<sup>(11)</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994; A. NIETO, *Historia administrativa de la Regencia de María Cristina: los primeros pasos del Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 2006; ID., *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las Cortes constituyentes de 1836-37*, Barcelona, Ariel, 2011.

<sup>(12)</sup> A. GALLEGO ANABITARTE, *Formación y enseñanza del derecho público en España (1769-2000): un ensayo crítico*, Madrid, Marcial Pons, 2000; y, para los efectos que interesan al presente comentario, F. SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público (II)*, Madrid, Marcial Pons, 2004, cargado también de valiosas referencias de historia político-constitucional.

<sup>(13)</sup> Véase J. ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2013<sup>3</sup>.

<sup>(14)</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

para la generalidad del público lector culto justo tales problemáticas especializadas, sin sustraerles, sino más bien realzando, su insoslayable aspecto histórico<sup>(15)</sup>. Todos estos rasgos se hacen visibles en la monografía que pasamos a comentar.

Confirmando la brevedad de los años para los proyectos intelectuales y científicos, el presente libro revela una inquietud intelectual que viene de lejos, plasmada en un valioso seminario sobre « La República de Weimar y la evolución de la ciencia del Derecho », celebrado en octubre de 1994 bajo la dirección del propio José Esteve<sup>(16)</sup>. Entre los jalones que han llevado a su elaboración, figura, además, como uno de los más recientes, otro encuentro del que fui coordinador y para el que tuve la fortuna de contar con la activa presencia del autor<sup>(17)</sup>. Pero si alguna fuerza decisiva ha llevado a su decantación, esa parece ser la oportuna identificación, en un tiempo de crisis cronicada y de transición consiguiente como el actual, de un interés objetivo — y reflejo — en « el periodo de entreguerras », un interés que trascendería además el estrecho recinto de la producción académica para saltar a la más amplia « órbita de la opinión pública » (p. 24)<sup>(18)</sup>. Una inmediata corroboración de ese interés difuso la ha podido además obtener su autor de la prontísima publicación de la segunda edición — cosa excepcional en obras académicas —, así como de su puntualísima traducción al italiano por *Il Mulino*.

Justo con esta ulterior edición se han hecho más evidentes, por explícitas, las legítimas posiciones de presente desde las cuales el autor ha contemplado su asunto histórico. Su identificación no implica merma alguna en el valor científico del trabajo; antes al contrario, la buena historiografía es la que reconoce de entrada la plataforma subjetiva desde la que se contempla el propio tema de estudio. Desde la epistemología moderna, resulta ya una impostura negar el excedente de sentido que todo sujeto aporta al objeto que examina. Reténgase, por

---

(15) De celebrar en esta línea es, así, su última contribución: *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

(16) Vid. la *Crónica* del mismo que publican Dolors Canals Ametller, Guillermo Ormazabal Sánchez y Marc Tarres Vives en la « Revista Española de Derecho Constitucional », 49 (1997), pp. 197-202.

(17) Celebrado en la Facultad de Derecho de Sevilla en marzo de 2017, cuenta ya con su correspondiente publicación *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragonese (eds.), Sevilla, Athenaica, 2021, cuyo capítulo 2 (*El pensamiento antiparlamentario: origen e impronta en el derecho público*, pp. 59-85) compone un sólido anticipo del libro que comentamos.

(18) Salvo indicación expresa, utilizaré siempre la paginación de la segunda edición.

tanto, que no existe asomo de crítica en la referencia a esa posición de partida, cuyo interés estriba en que informa sobre la orientación tácita que preside algunas de sus hipótesis centrales.

Respondiendo quizá al estímulo de un temprano comentarista de la obra, que animaba a acometer « para otro libro » la « crítica al actual parlamentarismo »<sup>(19)</sup>, Esteve señala el « excesivo poder de partida » con que cuentan los partidos en España, y recuerda además un lamentable episodio reciente de voluntarismo disparatado por parte de una asamblea legislativa: « las llamadas leyes de desconexión del Parlament de Catalunya de septiembre de 2017 » (pp. 204-5). Con tales evidencias y riesgos a la vista, se comprende que no le resulte « desacertada, más bien al contrario, la formación de toda una línea de baluartes, institucionales y conceptuales, para preservar en lo posible la racionalidad del sistema político y constitucional », precisamente, en muy primer término, frente a las posibles acometidas procedentes del parlamento. Y su exploración, en una suerte de proyección hacia el pasado de esa inquietud actual, atiende justo a esa formación defensiva que tan positivamente valora, esto es, a los itinerarios y aportaciones de los juristas que, en las primeras décadas del siglo xx, ya « construyeron todo un sistema, que habría de ser operado por profesionales, para controlar y racionalizar la actividad del legislador parlamentario » (*ibíd.*).

### 3. *Síntesis.*

En la economía expositiva del libro pueden identificarse, al menos, tres registros bien diferenciados. En todos ellos encuentra el lector datos, interpretaciones y referencias sugestivas. Atiende, de una parte, al contexto histórico-político de los principales países en que se gesta la línea de pensamiento que examina: Alemania, por encima de todos, Francia, Italia, España y Portugal, trazando además pertinentes comparativas entre las respectivas singladuras nacionales. De otra parte, reconstruye las reveladoras trayectorias personales y profesionales de los juristas que protagonizan su relato. Y se dedica, por último, a delimitar los fundamentos básicos y las aportaciones más señeras de lo que denomina el « pensamiento antiparlamentario ». Acometamos nuestra brevísima síntesis siguiendo esa tripartición.

La corriente doctrinal que Esteve tipifica, cristaliza y se difunde en los países europeos durante el primer tercio del siglo xx. Se halla en perfecta sintonía con el signo de aquel tiempo, atravesado precisamente

---

(19) Un sistema parlamentario « degenerado », a juicio de dicho comentarista, « por los partidos políticos »: me refiero a la reseña de F. Sosa Wagner publicada en « Revista de Libros » el 20-V-2019.

desde el principio por una profunda « crisis del parlamentarismo »<sup>(20)</sup>, perceptible tanto en los regímenes liberales oligárquicos — que procedían, ya exhaustos y sin versatilidad alguna para canalizar los crecientes cambios sociales, del siglo anterior — como en los nuevos regímenes constitucionales y democráticos de posguerra.

Entre los primeros sistemas, la institución parlamentaria se hallaba hundida en el descrédito para casi todas las corrientes políticas debido a la corrupción electoral, las prácticas endogámicas y la consecuente falta de legitimidad; si tal sucedía en España, en Italia se daban defectos parecidos, a los que se sumaban las contradicciones derivadas de la forzada unificación estatal, las cuales, haciendo aparecer al Estado, sobre todo para los habitantes del Mediodía, « como una creación ficticia » (p. 37), erosionaban aún más su ya discutible representatividad. Y en Francia y Portugal, cuna la primera del antiparlamentarismo, se acusaba el agotamiento de una política radical y republicana de marcada impronta burguesa, refractarla a todo « tipo de reforma social » (p. 34), e incapaz, por tanto, de « sintonizar con las demandas del emergente movimiento obrero » (p. 45). Entre los segundos regímenes, destaca el caso de la República alemana: al haberse fundado sobre la continuidad de los cuerpos militares, burocráticos y judiciales — esto es, de « tres colectivos » de indudable complejidad monárquico-imperial (p. 29) —, no dejó de experimentar las más aceradas críticas a su flamante parlamentarismo. Así pues, el « pensamiento antiparlamentario » afloró en Europa en un contexto marcado precisamente por la crisis profunda de la institución, deterioro determinado en unos casos — el liberal oligárquico — por su falta de credibilidad social y en otros — el republicano demócrata — por su mal acomodo a la distribución efectiva del poder institucional, o por su pasividad en materia social. Ya en los regímenes dictatoriales ulteriores, la reflexión antiparlamentaria dejaría de tener sentido, por carecer de objeto de referencia.

Con este marco histórico-político de fondo, se reconstruye la experiencia de toda una « generación de profesores de derecho público » (p. 71). Su solidez doctrinal se debió a la rigurosa fundamentación sociológica, filosófica y hasta teológica de sus construcciones (p. 72), elaboradas ya como empeño profesional especializado, desligado por lo general de « la actividad política » práctica (p. 77). Pero esta separación de la praxis política no se debió solamente a la mayor especialización científica; expresaba también el mutuo extrañamiento

---

(20) Caracterizando el ambiente político de « final del siglo XIX y principios del XX » en el que maduró toda una generación, Pío Baroja rememoraba cómo « se desdénaba el parlamentarismo por lo que tiene de histriónico »: *Desde la última vuelta del camino*, I, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 1997, p. 650.

entre la « aristocracia del saber » (p. 55) y la política democrática de masas que inauguraron las repúblicas.

Justo aquí se sitúa una de las contribuciones más relevantes del libro. Teniendo muy presente la aportación de Fritz Ringer al respecto <sup>(21)</sup>, y con un cuidado conocimiento del sistema educativo histórico alemán, Esteve indaga en los jalones escolares e institucionales que llevaron a la entronización del mandarinato académico. Su autopercepción como nueva aristocracia fundada en la ciencia y el « mérito profesional » indisponía a sus integrantes, casi por necesidad, contra aquello que vivieron como « irrupción » de una « fuerza que nivelaba y cancelaba la diferencia, el mérito y el estatus » (p. 54). El « abierzo desdén » de aquellos intelectuales hacia la incorporación de las masas populares a las asambleas parlamentarias, su « aversión a la idea de igualdad », se explicarían además por su impresión de sentirse desbancados por las reglas de la democratización. De haber logrado « integrar en el orden electoral y parlamentario » los principios del mérito cultural, pasaron a experimentar, sufragio universal y parlamentarismo republicano mediante, una « ostensible reducción de su presencia en las instituciones políticas » (p. 64). Así, desde esta perspectiva del cambio producido en las relaciones de poder, buena parte de la disputa doctrinal contra el sistema parlamentario puede contemplarse como resentida reacción de un sector privilegiado frente al bloque popular en ascenso, contra el cual hizo uso de « sus armas propias » — las del prestigio y reconocimiento que comunicaban « el estudio científico y la argumentación » (p. 68) — a fin de realzar su recinto propio, « la cultura », desacreditando el que había llegado a convertirse en el ámbito de las masas, « la política » (p. 67). Y aunque este fenómeno solo sucediese en toda su extensión en Alemania — único país que había alzado con todas las consecuencias a esta nueva aristocracia —, la elevación a ejemplo de referencia del módulo científico alemán propició que se replicase en el resto de países europeos que conocieron el momento republicano <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> F.K. RINGER, *El ocaso de los mandarines alemanes. Catedráticos, profesores y la comunidad académica alemana, 1890-1933*, Barcelona, Pomares-Corredor, 1995, monografía capital que el propio Esteve desgranó para los iuspublicistas españoles en *De la Universidad al poder. Un camino errado*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 57 (1999), pp. 311-318.

<sup>(22)</sup> Aún hay otro caso rasgo que Esteve destaca compartido por la « práctica totalidad de los autores » antiparlamentarios: « mantuvieron una visión trascendente, con firmes convicciones religiosas de inspiración cristiana, en sus versiones católica y protestante », bien lejana del « ateísmo enteco y primario que caracteriza a buena parte del pensamiento ilustrado » (p. 75). Otro comentarista de la obra, Miguel Azpitarte (en « Revista de Derecho Constitucional Europeo », 31, 2019), considera la frase transcrita

El tercero de los registros, dedicado a los fundamentos y a las aportaciones del « pensamiento antiparlamentario », es el más cargado de contenidos. Cabe distinguir en él, a su vez, tres planos diferenciados.

El primero de ellos atiende a sus postulados culturales de partida. Consistió principalmente en una crítica de la crítica ilustrada — del « arrogante pensamiento de la Ilustración », por utilizar la expresión de Esteve (p. 73). Sometió así a estricta revisión toda su mitología individualista y contractualista, las ficciones de la voluntad general y la soberanía popular sobre las que descansaba el régimen parlamentario, y también su correlato jurídico, la centralidad y supremacía de la ley, no solo desbordada por otras manifestaciones normativas, sino ilegítima en cuanto traspasaba ciertos límites presuntamente naturales. Tan distinguido se hallaba por esta dimensión crítica, que el autor aclara que lo que denomina « pensamiento antiparlamentario es en realidad pensamiento crítico del liberalismo anclado en las ideas de la Ilustración » (p. 81).

El segundo de los planos — núcleo del libro — examina las novedosas concepciones acuñadas por aquella dirección doctrinal anti-ilustrada, con sus consiguientes materializaciones institucionales. Todas sus construcciones compartieron « un objetivo común: reducir el margen de disposición del parlamento » (p. 127), y lo persiguieron a través de tres vías: *i*) mediante la reserva al poder ejecutivo de un ámbito propio y discrecional de actuación, o atribuyéndole una potes-

---

« una afirmación enigmática » porque no se sabe con exactitud el modo en que el autor valora la conexión del « hecho religioso » con la « construcción del derecho público ». Diríase, en cambio, que, dado su aprecio por las construcciones que limitan al legislador parlamentario, Esteve valora de modo positivo, aun tácitamente, el que tales constricciones pudieran contar con un fundamento religioso. Desde una perspectiva cristiana, el asunto produce, sin embargo, otras perplejidades. Cabe así preguntarse, por ejemplo, cuánto de genuinamente cristiano cabía en ese altivo desprecio a las capas populares y su inserción en las instituciones. Si pesaban en este rechazo las antiguas figuraciones estamentales de la filosofía social cristiana — que fijaban a los débiles en una posición subalterna, acreedora de la caridad y protección de los poderosos, pero deudora por eso de gratitud, servicio y obediencia —, se estaría mostrando entonces cierta incompatibilidad de raíz entre la inspiración religiosa de las doctrinas jurídicas y su adecuación a un orden constitucional democrático. Es más: si se concluye — como aquí haremos — por detectar vinculación entre los propósitos de la reflexión antiparlamentaria, el asalto a la democracia y la instauración de dictaduras, se estaría contemplando la paradoja de cómo la pretendida fundamentación religiosa del pensamiento jurídico pudo dar lugar a consecuencias político-institucionales de dudosísima condición cristiana, por más que interesadamente se bautizasen como « nacional-católicas ». Es decir, el asunto del que se ocupa, más que confirmar la noble convicción de que la religiosidad del jurista garantiza su oposición al despotismo, puede que avale la idea contraria, su lamentable connivencia con el mismo en los momentos críticos.

tad normativa de carácter general, tratando en este caso de restaurar el « orden dualista propio de la monarquía constitucional » (p. 131); *ii*) con la imagen de un « legislador vinculado » y esencialmente limitado a través de la « concepción objetiva de los derechos fundamentales » o de « las garantías institucionales »; y, sobre la base de tales concepciones, *iii*) colocando al órgano jurisdiccional por encima del legislador, sirviéndose muy en particular del instituto del control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Y el tercero de los planos mencionados se sitúa ya por entero en la segunda posguerra, preferentemente ahora en Alemania, para examinar las « realizaciones » póstumas de las doctrinas antiparlamentarias. Su planteamiento es que a su objeto interesan « dos generaciones » de juristas, con trascendencia de diversa condición: « La primera — la de Weimar — de las ideas; la segunda — de la posguerra — de sus cristalizaciones en el orden constitucional y el Derecho positivo » (p. 179). Así, « dos vetas de pensamiento diferenciadas » del tiempo weimares, como eran el institucionalismo y la garantía jurisdiccional de la integridad constitucional, precipitarían ya en aplicaciones estables, a lo cual contribuyeron juristas señeros como Häberle o Lerche, pero también los propios jueces constitucionales (pp. 188-9). La labor intelectual de los Hauriou, Triepel, Smend, Schmitt, Forsthoff o Leibholz se vería así reconocida por la continuidad doctrinal que le imprimieron algunos de sus discípulos, y también, sobre todo, por su realización institucional, permitiendo ya la puesta en planta de dispositivos que contuviesen los posibles abusos del legislador.

#### 4. *Aportaciones destacables.*

En el interior de esta estructura expositiva se encuentran numerosas referencias que estimo de notable valor para el jurista historiador. Se caracteriza con gran acierto el sistema dual, de soberanía compartida, de la monarquía constitucional, forma política típica del Estado liberal. Se expone la transición desde la iuspublicística decimonónica europea a la propia del siglo xx identificando su principal clave diferencial, la de partir de una « concepción subjetivista », visible tanto en la filosofía de los derechos como en la teoría de la personalidad del Estado, para arribar a planteamientos « objetivistas » como base de un nuevo derecho público (pp. 92, 94, 136). El propio régimen republicano de posguerra, convencionalmente descrito como mera continuación del Estado demoliberal, queda dibujado con mayor precisión como consecuencia de una fractura capital, la que « el avance de las masas » introdujo en « las instituciones » configuradas « bajo la impronta del liberalismo y su tensión con la monarquía » (p. 52, p. 107). A la habitual elevación del régimen de representación proporcional al rango de causa de disolución de la democracia, a la que el autor también

recurre (p. 32) <sup>(23)</sup>, añade la rigidez y dificultades procedentes de las apuestas mayoritarias, como las vigentes en España (pp. 12, 43-4), mostrando quizá con ello de forma indirecta que las causas del derumbe republicano fueron exógenas.

Descrito así certeramente el ciclo del derecho público europeo desde la crisis del orden político liberal hasta las vísperas de la implantación de las dictaduras, la obra se presenta rica en referencias de historia intelectual. La ponderación de la última edición del tratado de Otto Mayer (pp. 131-2), el examen de los antecedentes y los fundamentos teóricos de la doctrina de Hauriou (pp. 137-42), la identificación de confluencias tácitas entre el propio Hauriou y Duguit (pp. 118-9), el cotejo de posiciones entre Triepel y Schmitt (pp. 111-2), la explicación contextualizada del constructo schmittiano de la garantía institucional (p. 144), la vinculación entre Triepel, Leibholz y Kaufmann en su compartida elaboración teórica del principio de igualdad ante la ley con vistas a la vinculación material del legislador, o el necesario recordatorio de que Schmitt no veía con malos ojos « el control judicial de constitucionalidad », aun dándole « un protagonismo limitado » (p. 155), componen algunos ejemplos de esos contenidos de historia del pensamiento jurídico de útil lectura para los historiadores del derecho contemporáneo.

Situado ya en la segunda posguerra, abunda también en aportes de relevancia en todos los registros en que se desenvuelve, desde noticias significativas sobre la geografía económico-industrial alemana hasta referencias sobre la ubicación de iuspublicistas alemanes más recientes, como es el caso de Hans Peters y Arnold Köttgen (pp. 160-1). Justo aquí se coloca, de hecho, un aspecto de la obra que ha suscitado cierta controversia: el distinguir la historia académica del derecho público alemán por cierta transición — o comunicación — generacional entre los juristas procedentes de Weimar y el III Reich y los operativos en la República Federal, a diferencia de lo acontecido en Francia o en

---

(23) Confieso compartir aquí el parecer de Richard J. Evans, quien recuerda que « los partidos marginales nunca consiguieron reunir en total más del 15 por 100 de los votos », siendo innecesarios para la gobernación, y que, de haber existido un sistema mayoritario, los resultados de los nazis habrían sido incluso superiores: *La llegada del Tercer Reich*, Barcelona, Península, 2018, pp. 118 y 120. Tan incrustado está el cliché en el constitucionalismo, que se mantiene hasta cuando se le desmiente: recuerda Ramón Punset que, por obra del sistema electoral proporcional de Weimar, « era raro que hubiera una fuerza política mínimamente significativa sin asiento en el *Reichstag* », algo al parecer demostrado por el hecho de que en « las elecciones de 1928, aunque lograron escaños 14 partidos, habían concurrido a los comicios un total de 41 »: *Estudio preliminar. Heinrich Triepel y los partidos políticos durante la República de Weimar*, en H. TRIEPEL, *La Constitución y los partidos políticos (1931<sup>2</sup>)*, Madrid, Tecnos, 2015, p. XXIX.

España, donde se experimentó una fractura entre los tiempos de entreguerras y los posteriores democráticos. No solo hubo relación discipular entre los Smend, Schmitt y Forsthoff y otros constitucionales y administrativistas alemanes posteriores; también se dio una notoria continuidad de planteamientos respecto del parlamentarismo en alguno de estos juristas entre tiempos republicanos, totalitarios y democráticos (caso de Forsthoff, por ejemplo: p. 193), e incluso se destaca la «paradójica» parábola de algún autor, como Theodor Maunz, que pudo saltar de la afiliación juvenil al fascismo a dirigir el principal *Grundgesetzkommentar* (pp. 176-8). Frente a la crítica de Miguel Azpitarte, que subraya el carácter fundacional y renovador del constitucionalismo alemán de la segunda posguerra, a través sobre todo de la aportación de Konrad Hesse<sup>(24)</sup>, aclara el autor en la segunda edición que su identificación de los lazos y las continuidades no implica que deje de reconocer que aquella «generación puente» solo fue «un grupo reducido»; y tampoco quiere significar con ello que tal generación «operase como una vía de transmisión del ideario nazi», pues se cuida de no trazar una vinculación necesaria entre crítica del parlamentarismo y autoritarismo (p. 176, n. 7).

Para concluir la enumeración de virtudes, conviene ahora resaltar que, examinando la principal de las «realizaciones» del pensamiento antiparlamentario, esto es, la inconstitucionalidad de las leyes contrarias a derechos, Esteve detecta en ella una noble reacción contra la «experiencia traumática» del totalitarismo (p. 122). Al fin y al cabo, éste se distinguió por la atribución legal de plenos poderes a los dictadores, y también por la validación legal a posteriori de asesinatos ilegales. Pero, a este respecto, añade una «importante puntualización» de «mayor complejidad», en la que efectivamente reside la clave más polémica de su trabajo: y es que estas figuras garantistas del derecho público hoy connaturalizadas, y hasta celebradas, no se formularon en oposición a las dictaduras, sino que se gestaron doctrinalmente en el interior de una reflexión «de raíz antiparlamentaria», cuyo descubrimiento — que es a lo que la obra procede — «podría invalidarlas en muy buena parte o hacerlas poco presentables» si se maneja «el código de corrección política dominante» (pp. 81-2).

No es esa, desde luego, su intención, pues procede por lo general a una valoración positiva del «pensamiento antiparlamentario», y, salvo en sus aristas más corporativas y autoritarias, lo libera, como se ha dicho, de una desembocadura ineluctable en la dictadura. Es más, en una acertada apreciación realista, aclara que «la mayor sangría del

---

(24) Véase la reseña citada en n. 22 y, a su vez, el estudio sobre Hesse que invoca: Rainer WAHL, *Die normative Kraft der Verfassung*, en «Der Staat», 58 (2019), pp. 195-221.

legislador parlamentario » no procede hoy de los artefactos ideados por la corriente doctrinal que ha desbrozado, sino de « la creciente, difusa y poderosa autorregulación normativa de la sociedad » (p. 205), que aquí preferiríamos calificar como la capacidad de los principales núcleos de poder socioeconómico para imponer sus propias reglas de acumulación y reproducción a las instancias democráticas. Sin especial adhesión a lo política y convencionalmente correcto, la « puntualización » aludida sí va a ser, sin embargo, la que oriente buen parte de la crítica siguiente, por entender que en ella se cifra el meollo historiográfico del particular. Procedamos, por tanto, no sin insistir en que estamos ante una obra valiosa, que, con ambición, soltura y rica base documental, combina relato historiográfico, exposición teórico-jurídica y contextualización cultural, todo ello en función del planteamiento de hipótesis interpretativas bien sugerentes.

##### 5. *Apreciaciones sobre el contexto histórico-constitucional.*

Esteve se ocupa de una corriente de pensamiento definida en negativo, como contraria a un fenómeno, el parlamentarismo, aunque este rasgo distintivo solo sería consecuencia de una oposición cultural matriz, la que le enfrenta a « la Ilustración ». ¿Qué se quiere significar concretamente con ello? Obsérvese que ya desde aquí hay solapamientos que deslindar, y comienzan a jugar malas pasadas los clichés histórico-políticos. Esteve afirma que la crítica antiparlamentaria se dirigía « contra el orden político y constitucional que surge a partir de la Ilustración y la Revolución francesa » (p. 82), especificando después que se trataba de confrontar — « podría bien decirse » — con « el imaginario de Rousseau » (p. 95, también pp. 84 y 106). Sin embargo, también califica su asunto como « la crítica iuspublicista al sistema político y constitucional dominante en el siglo XIX, el liberalismo burgués » (p. 84). Se entiende que para hacer compatibles ambas afirmaciones opera tácitamente la ecuación que comprende el régimen liberal decimonónico como materialización de los principios revolucionarios, causados a su vez por el programa ilustrado. Pero esta ecuación resulta ya historiográficamente discutible.

Lo que convencionalmente se denomina « Ilustración » constituyó una corriente intelectual plural y heterogénea, en el interior de la cual predominaban posiciones moderadas, elitistas, opuestas a toda forma de protagonismo político de la plebe. Pocos se distinguieron por su ateísmo, y aún menos por la propensión revolucionaria, prefiriendo por lo general la vía de las reformas <sup>(25)</sup>. Rousseau encarnó una variante

---

(25) G. PONTÓN, *La lucha por la desigualdad. Una historia del mundo occidental en el siglo XVIII*, Barcelona, Pasado & Presente, 2016, p. 594 y ss.

excepcional, heterodoxa y aislada dentro del colectivo ilustrado <sup>(26)</sup>, y su influjo se dejó sentir en alguna fase del proceso revolucionario francés, pero no en todo, impulsado como estuvo por momentos políticamente contrapuestos. El « pensamiento antiparlamentario » fue, en efecto, antirousseauiano, pero ni contrario al programa ilustrado en bloque ni tampoco antiliberal. Por el contrario, al menos desde Benjamin Constant y François Guizot queda bien claro que el régimen político liberal se decantó en oposición al contractualismo individualista *à la* Rousseau, tomando severas distancias respecto de la praxis popular del poder constituyente ejercida durante el primer año y medio de la Convención. Esteve proporciona además los elementos institucionales que impiden asimilar el sistema liberal a un régimen parlamentario como el censurado por la doctrina que le interesa: predominio del « principio monárquico » y vigencia del « sufragio censitario » (p. 95), dos contrafuertes que prevenían el gobierno de las mayorías. Pero la distancia era, ante todo, cultural, por predominar en el liberalismo decimonónico — a diferencia del revolucionario — una concepción orgánica, historicista, antiindividualista y anticontractualista de la sociedad política <sup>(27)</sup>, próxima — no por casualidad — a la que daba base a las construcciones antiparlamentarias.

La aparente aporía podría salvarse con una aclaración: lo característico de la iuspublicística del siglo XIX sería combinar su típico subjetivismo en dos niveles complementarios, reconociendo « una gran autonomía y capacidad de disposición a la persona para la configuración del derecho », como mostraría la « libertad de contratación prácticamente ilimitada », pero también « al Estado persona, con una libertad también absoluta de elaboración normativa del Derecho que el liberalismo atribuye casi exclusivamente al parlamento » (p. 136). En tal sentido — podría entonces afirmarse — el « pensamiento antiparlamentario » sí que se distinguió por su crítica al régimen liberal. Obsérvese, sin embargo, que la correlación subjetivista recién enunciada encierra, a su vez, otra aporía insalvable. Y no me refiero a que utilice una imagen idealizada de lo que fue el parlamento en el sistema liberal, que apenas si tenía relevancia en la configuración efectiva de la legislación en comparación con el protagonismo del ejecutivo. Como el propio autor indica, no era, además, ese parlamento de notables contra el que confrontaba la mayor parte de los autores estudiados, opuestos más bien a su versión republicano-democrática. La aporía reside en que, en

---

<sup>(26)</sup> R. WOKLER, *Estudio preliminar*, en J.-J. ROUSSEAU, *Las meditaciones del paseante solitario*, Madrid, Tecnos, 2017.

<sup>(27)</sup> La referencia imprescindible para la historia jurídica en este punto sigue siendo la de M. FIORAVANTI, ahora en *Lezioni di storia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020.

la lógica liberal, precisamente por regir en el ámbito privado el imperio irrestricto de la autonomía de la voluntad — plasmada ante todo en los intercambios contractuales de propiedad —, no podía por eso mismo regir en el ámbito público-estatal una libertad irrestricta en la determinación de los contenidos del derecho. Estos debían ser siempre funcionales a la protección de los institutos de derecho privado — propiedad privada, contrato individual, libertad comercial e industrial — de los que el liberalismo predicaba la armonía de la sociedad, fuese diseñando las reglas formales de los intercambios en el código civil o criminalizando en los tipos penales las múltiples conductas que la perturbaran. Como habrá oportunidad de insistir, la doctrina examinada por Esteve solo alzó la voz contra el parlamento justo cuando, por servir de correa de transmisión a mayorías trabajadoras organizadas, pretendió limitar por medio de la ley tales institutos.

Así las cosas, el « pensamiento antiparlamentario », contradictor efectivamente de Rousseau, no lo fue, sin embargo, del sistema liberal burgués, del que sería más bien su oculto legatario. Sus epígonos no se enfrentaban al defenestrado régimen decimonónico, sino a los vientos revolucionarios y jacobinos que volvían a soplar en las asambleas constituyentes republicanas, y a las propias medidas de reforma que estas impulsaron. Procedían así más bien a la defensa de los fundamentos del sistema liberal (libertad, propiedad, contrato) contra los posibles excesos transformadores de la democracia. Esto se aprecia con especial claridad en el caso de Duguit, cuyas críticas al potencial despotismo parlamentario, a los abusos de un temible gobierno popular, entroncan con el rechazo doctrinario a la política plebeya. Así, Duguit, más que « el campeón del movimiento negacionista de los derechos de los individuos » (p. 89), fue — como le reprochaba Esmein — un hábil continuador del doctrinarismo, capaz de recolocar esos derechos individuales tradicionales en una nueva sistemática que los convertía (otra vez) en resortes intangibles de la solidaridad social <sup>(28)</sup>. Y Hauriou, más que haber puesto « a raya el individualismo y subjetivismo liberal » (p. 136), no habría pretendido sino la naturalización de determinados institutos — de la familia patriarcal a la « propiedad capitalista » —, considerándolos contenidos esenciales de un « régimen de Estado » frente a su posible alteración por vía legislativo-democrática <sup>(29)</sup>.

Como Francisco Velasco ha señalado <sup>(30)</sup>, y el propio Esteve no

---

<sup>(28)</sup> Abordo la cuestión en *Modelos teóricos de derecho público (Europa, 1911-1935)*, en *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras*, cit., pp. 149-151.

<sup>(29)</sup> M. HAURIU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916<sup>2</sup>, pp. 377-379.

<sup>(30)</sup> F. VELASCO, « Sobre el libro de J. Esteve », en post de su blog personal (19-VI-2019).

deja de reconocer en su obra, conviene entonces identificar a qué tipo de parlamento se dirigía la crítica jurídica, pues el antiparlamentarismo resultante puede resultar de condición bien diversa, e incluso opuesta. Así, aunque su antiindividualismo organicista pudiera inspirar con posterioridad doctrinas contrarias a la república democrática, la crítica krausista del « parlamentarismo » — como Esteve recuerda — censuraba un sistema caciquil, endogámico y excluyente completamente corrompido, desprovisto ante sus ojos de toda representatividad y, por tanto, de legitimidad. Y lo hacía no desde una perspectiva patricia, sino, por el contrario, valorando las manifestaciones normativas autónomas de las capas subalternas, y no tanto para buscar fórmulas autocráticas o jerárquicas alternativas cuanto para depurar el propio funcionamiento parlamentario, planteando con ese fin la importación de prácticas supuestamente más equilibradas, plurales y legítimas procedentes del parlamentarismo británico. Siempre operó así entre los krausistas una crítica del funcionamiento del parlamento *en la práctica* de la monarquía doctrinaria, combinada con un ideal regulativo de cómo habría de funcionar correctamente desde un punto de vista ético-político<sup>(31)</sup>; es decir, en su crítica al llamado « parlamentarismo », pese a sus premisas organicistas, latía un anhelo de parlamento limpio y representativo que no fue indiferente a los políticos que trajeron la República.

Bien distinto aparece el centro de la diana de los « mandarines académicos alemanes », cuya crítica en tiempos de Weimar no se dirigía contra « el anterior parlamentarismo de notables » (p. 22), sino contra el democrático sin más, compuesto a partir de la libre concurrencia entre partidos, con la particularidad de que el más organizado y mayoritario aspiraba a modificar sustantivamente la ordenación jurídico-privada de la sociedad. Puede que la amenaza para los *Profesoren* no procediese entonces de la « irrupción de las masas » consideradas en abstracto, porque con ellas se anunciase la disolución de la individualidad; por el contrario, aquellos intelectuales conservadores articularon, en el terreno de la intervención, numerosos discursos encaminados a liderar a las masas e integrarlas en una nueva comunidad jerárquica. Acaso el temor y el repliegue defensivo del mandarínato académico alemán procediese sin más de los resultados obtenidos por los partidos de clase, del ambiente indeterminado y revolucionario que reinaba, y de las posibilidades ciertas que tales formaciones obreras tenían para orientar el futuro. Se trataba de atacar desde la doctrina, no tanto al parlamento sin más, cuanto a las puertas que la democracia podía abrir a la socialización igualitaria de la economía.

---

(31) G. DE AZCÁRATE, *El régimen parlamentario en la práctica*, Madrid, Fortanet, 1885.

6. *Liberalismo contra democracia: Triepel, Kaufmann, Leibholz.*

Vamos acercándonos así al núcleo de nuestra visión. Va aclarándose la óptica que manejamos. Con ella tienen complicada cabida algunas de las caracterizaciones biográficas e intelectuales realizadas en el libro.

Triepel, por ejemplo, pudo finalmente distinguirse por haber mantenido « un elegante distanciamiento del nazismo » (p. 112), siendo, a juicio de Esteve, « una de las principales cabezas de un pensamiento antiparlamentario que no degeneró nunca en posiciones antidemocráticas o dictatoriales » (p. 155). Fundador de la famosa *Vereinigung* de profesores alemanes de derecho político, se opuso a las pretensiones de disolución por parte de los miembros nazis, y, aunque comenzó mostrando cierta « confianza en la nueva experiencia », pronto escribiría a Koellreutter diciéndole: « ahora ya sé donde conduce el viaje y yo no quiero compartirlo » (32). Como Smend declararía años después, « su disposición al entendimiento y comprensión del III Reich se agotó al poco tiempo » (33). Pero el caso entonces es que tal disposición existió, mostrando cómo su pensamiento antiparlamentario sí degeneró, aun transitoria y momentáneamente, en posiciones antidemocráticas y dictatoriales.

Opuesta a la forma moderna de democracia era su spengleriana defensa de « una concepción orgánica del Estado sobre la base de organizaciones profesionales para combatir el egoísmo de los partidos » (34). Y esa brumosa « confianza » inicial de la que habla el profesor Sosa Wagner consistió, en realidad, en una calificación legitimadora del asalto nazi al poder como « revolución legal » (35). Se trataba, en uno y otro caso, de gestos congruentes con la tendencia nacional-conservadora a la que se adscribía. Y, aun desengañado pronto de la vereda nacionalsocialista, e incorporado al « exilio interior », quedaría todavía por desentrañar el papel que respecto de la política

(32) Tomo la cita de F. SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público*, cit., pp. 300-1, utilizada, a su vez, en nuestra obra (p. 112).

(33) Citado por C.M. HERRERA, *Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar*, en *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, J.-F. Kervégan (ed.), Lyon, ENS Éditions, 2002, p. 91, de quien tomo también noticia de su militancia en el DNVP y la cita de Leibholz sobre *Die Hegemonie*.

(34) *Ibid.*, p. 99, en interpretación del movimiento propositivo final de TRIEPEL, *La Constitución y los partidos políticos*, cit., p. 46-47.

(35) Lo recuerda H. DREIER, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, « Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer », 60, Berlin, Gruyter, 2001, p. 20, n. 56, con mención de un artículo de Triepel de abril de 1933 (*Die nationale Revolution und die deutsche Reichsverfassung*). Este tipo de calificaciones legitimadoras operaron efectivamente como « sedativo ».

exterior nacionalsocialista pudo jugar su monografía *Die Hegemonie*, libro principalmente erudito e histórico — *kein nationalsozialistisches Buch*, en palabras de Stolleis — cuya publicación, sin embargo, coincide con el momento en que Hitler comienza a presentarse como « Hege- mon »<sup>(36)</sup>. No suministró la cobertura doctrinal del expansionismo imperialista alemán — al modo de Schmitt con su *Großraum* —, e incluso Leibholz lo calificaría de « obra escrita contra la ideología nazi », pero diríase que su figura histórico-jurídica de los *führenden Staaten* tampoco se hallaba tan distanciada del régimen en vigor como para no poder ser capitalizada en su favor<sup>(37)</sup>.

Pero lo decisivo es otra cosa: su consideración retrospectiva como el crítico « más ilustre » del valor absoluto de la ley en unos términos que pudieran tener validez actual como antecedente, queda cuanto menos desdibujada con su blanqueamiento doctrinal de las medidas inconstitucionales nazis. Parece evidente que, « como muchos otros miembros del gremio, Triepel, aun con cautela, dio la bienvenida a la toma del poder por parte de los nacionalsocialistas » como si de una « liberación » se tratase<sup>(38)</sup>. Consideró así que la ley de habilitación o plenos poderes se adecuaba a la legalidad, aunque no le cupiese duda alguna de que se encontraba « en total contradicción con las ideas fundamentales de la Constitución de Weimar ». En los comienzos del III Reich, continuó defendiendo la conveniencia de preservar los derechos tradicionales de libertad, susceptibles de suspenderse transitoriamente solo por motivos de excepción. Ahora bien, pensaba que si había que liquidar la segunda parte de la Constitución, la de los derechos y deberes de los alemanes, « no derramaría una sola lágrima por ella », debido a lo « mucho de comprometedor y ‘marxista’ » que encerraba<sup>(39)</sup>. Y todavía a fines de 1933, frente a la « convulsión de la

---

(36) Apunta la coincidencia el propio M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, München, C.H. Beck, 1999, pp. 388-389.

(37) De planteamientos « aún muy reaccionarios », no faltaban tampoco en su libro « los guiños » a la « *Weltanschauung* oficial del nazismo »: HERRERA, *Triepel et la critique du positivisme juridique*, cit., p. 91, quien en n. 9 ya plantea con acierto en referencia a Triepel que existieron « otras situaciones intermedias » no coincidentes con « el *exilio interior* y la afiliación al partido nazi ».

(38) A. VON ARNAULD, *Heinrich Triepel (1868-1946)*, en *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland, Österreich, Schweiz*, Peter Häberle et. al. (Hrsg.), Berlin, De Gruyter, 2014, pp. 131 y 136 (de donde tomo también las citas siguientes, que el autor extrae del artículo mencionado de Triepel).

(39) También se encuentra reproducido el mismo fragmento en A. HOLLERBACH, *Zu Leben und Werk Heinrich Triepels*, en « *Archiv des öffentlichen Rechts* », 91 (1966), pp. 417-44 (439 n. 111).

Constitución alemana que ha[bía] tenido lugar en las últimas semanas y que seguir[ía] teniendo efectos en un futuro próximo », pensaba que la tarea del iuspublicista consistía en acompañar a la « nueva formación constitucional en ciernes paso a paso, comprendiendo y ayudando, aquí animando, allí advirtiendo » (40).

Si se entiende, como hace Esteve, que el ejemplo más clamoroso de « poder ilimitado de la ley » durante la República de Weimar fueron las *Ermächtigungsgesetze* con las que « se desmontó materialmente el orden constitucional » (p. 122), alguna conclusión habrá entonces que sacar del hecho de que Triepel, ese debelador del « absolutismo parlamentario » (pp. 121, 154), aun considerando que subvertían la norma fundamental, las considerase como adecuadas a la legalidad cuando su contenido atribuyó plenos poderes a Hitler (41). Más apremiante parece aún la necesidad de entrar a considerar ese ejercicio de legitimación, si se opta además por censurar el puntual silencio del Gerhard Anschütz ante la ley de plenos poderes (p. 121) (42), esto es, justo de quien « solicitó su retiro anticipado en la primavera de 1933 alegando que no podía adherirse al nuevo régimen » (43).

Abordando la cuestión, no puede menos que resultar llamativa la inconsecuencia entre el modo inflexible en que se afirmaba la supremacía constitucional frente a las leyes aprobadas por parlamentos pluralistas y partitocráticos, y la manera en que se aceptaba la vulneración de la Constitución cuando se acometía mediante leyes de verdad

---

(40) Se trata del prefacio que escribió para el « Archiv des öffentlichen Rechts », 24 (1934).

(41) Leyes habilitantes hubo en 1923, y Triepel las censuró — *La Constitución y los partidos políticos*, cit., pp. 34-35 —, pero se mostró más comprensivo con la de marzo de 1933, que « se tradujo en una gran legalización general y total » de los crímenes cometidos entre febrero y marzo y « sancionaba el hecho de que Hitler y sus seguidores ostentarían de hecho el poder del parlamento », según la caracterización que de ella hizo SCHMITT, *Respuestas en Núremberg*, cit., p. 119.

(42) La referencia sobre el silencio de Anschütz es indirecta, tomada de la monografía citada de Sosa Wagner en su segunda edición. Lo que leemos en el *Vorwort* de la última revisión de su comentario constitucional es la constatación, realizable por cualquier positivista, de que « exist[ía] hostilidad, o, cuanto menos, antagonismo, de una gran parte del pueblo alemán hacia la Constitución » que se había dado; y si, pese a las « convulsiones que amenaza[ba]n sus fundamentos y su vigencia », la norma fundamental aún seguía en pie, nada la libraba de sucumbir, completa o parcialmente, ante la « fuerza normativa » de los hechos, convirtiendo su interpretación en una labor historiográfica: cit. en Ch. WALDHOFF, *Gerhard Anschütz (1867-1948)*, en *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, cit., pp. 93-109 (p. 95, n. 16).

(43) J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne XIXe-XXe siècles*, Paris, LGDJ, 2015, p. 313.

dictatoriales. Diríase que, más que sentando categorías jurídicas, lo que Triepel hacía con ellas era simple y llana política en tiempos republicanos. Si todavía en el primer año del III Reich defendía la conveniencia de mantener los derechos individuales como « antiguo bien jurídico alemán », no creo que haya que interpretarlo como un intento desesperado de sujetar el movimiento nacionalsocialista a la legalidad constitucional, sino como manifestación del propósito de orientar su desarrollo hacia las posiciones liberal-conservadoras que contribuyeron a su erección. Otra cosa es que esos intentos de redirección con odres viejos se vieran pronto desbordados por la comprobación de que la *nationale Erhebung* de 1933 no cabía ya en el marco jurídico anterior, ante todo por implicar « la irrupción de una nueva idea del Estado » (44), incompatible con la del viejo Estado liberal autoritario defendido por Triepel.

Obsérvese la naturaleza de nuestro planteamiento. No se está afirmando que Triepel fuese un nazi. Tampoco se niega el « creciente aislamiento » que comenzó a sufrir tanto por la « filiación judía » debida a su suegro como por su inmovilismo doctrinal (45). Sí se considera que las posiciones antipluralistas secundadas por el autor, las propias del nacionalismo alemán, facilitaron el advenimiento dictatorial (46), y hacen congruente sus primeros gestos legitimadores del III Reich. No se estaría contemplando aquí sino una manifestación cultural particular, circunscrita a las doctrinas jurídicas, del fenómeno político más general de cómo los nacionalismos liberal-conservadores alentaron el auge de las derechas fascistas (47), con independencia de que finalmente quedasen asimilados o devastados por ellas. Pero lo que se quiere ante todo señalar es la inconveniencia de hallar un antecedente válido de las actuales garantías constitucionales que vinculan al legislador en el interior de una reflexión antidemocrática. Pese a la homogeneidad del léxico empleado, lo que Triepel tenía en mente al defender la supremacía de la Constitución y los derechos frente a la ley parlamentaria era cosa bien distinta, e incluso opuesta, a la que se concibe hoy bajo tal divisa. Como su propia trayectoria revela, en sus postulados no se

---

(44) El salto en el planteamiento se aprecia en Ulrich SCHEUNER, *Die nationale Revolution. Eine staatsrechtliche Untersuchung*, en « Archiv des öffentlichen Rechts », 24 (1934), pp. 261-344 (262).

(45) VON ARNAULD, *Heinrich Triepel*, cit., p. 131.

(46) « [...] allanaron el camino a la barbarie », dice J. L. REQUEJO PAGÉS, *Nota preliminar*, en Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK, 2006, p. 9, citado por PUNSET, *Estudio preliminar*, cit., p. XVII, para quien « no es el organicismo de Triepel el anticipo de la llegada de las hordas nazis », p. XIX.

(47) Dato tan conocido como descuidado: D.J.K. PEUKERT, *La Repubblica di Weimar. Anni di crisi della modernità classica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2020, pp. 62-63, y EVANS, *La llegada del Tercer Reich*, cit., p. 129.

encuentra tanto un anticipo de la actual democracia constitucional como la antesala de una reacción dictatorial.

Este mismo diagnóstico cabe aplicarlo a uno de los discípulos de Triepel: el monárquico-imperial — y efímero republicano de conveniencia — Erich Kaufmann. Su caso resulta especialmente elocuente. No respondía solo a la avilantez el que Schmitt recordase en un delicado momento que se trataba de un iusinternacionalista « militarista y belicista », autor del proverbio según el cual « el ideal social [era] la guerra preventiva »<sup>(48)</sup>. Su adhesión activa a la campaña militar alemana durante la Gran Guerra se había formulado explícitamente en contra del « principio democrático », entendido como un « arma diabólica » extranjera, en manos de los aliados para « dividir y debilitar al pueblo alemán »<sup>(49)</sup>. El propio Esteve — y también antes Sosa Wagner — recuerda que su abrazo a la república parlamentaria se produjo como aceptación de un mal menor frente al riesgo de la bolchevización. Pero, disipado ese temor, tocó entonces el turno al boicot al parlamentarismo con los argumentos del derecho. Para ello se hizo necesario recorrer una significativa parábola, en la que se agolpaban un buen número de iuspublicistas conservadores, experimentada también en España entre la Restauración y la República: había que pasar del positivismo legalista, que permitía afirmar la autoridad suprema de la ley del Estado imperial, al iusnaturalismo espiritualista de los valores supralegales, que permitía desacreditar la ley de la República parlamentaria.

En efecto, Erich Kaufmann, de haber sido un « convencido positivista » en tiempos imperiales<sup>(50)</sup>, pasó a ser un furibundo iusnaturalista. El salto se dejaba sentir especialmente en lo tocante a la interpretación de las « normas constitucionales abiertas », entre las que destacaban las que enunciaban derechos fundamentales, sujetas por necesidad a lecturas controvertidas<sup>(51)</sup>. Pero mientras el positivismo democrático tendía a atribuir prevalencia a la interpretación que de ellas hiciese el legislador parlamentario, el renacido iusnaturalismo — o

---

(48) SCHMITT, *Respuestas en Núremberg*, p. 63, añadiendo: « No quiero incriminarlo ». Para confirmación de sus posiciones belicistas durante la Gran Guerra (en las que le acompañó Triepel), vid. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes*, cit., pp. 260-263; y sobre sus posiciones iusinternacionalistas, STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, cit., pp. 175-176.

(49) STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, cit., p. 65.

(50) Epígono además de una « teoría del derecho como poder »: B. RÜTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 64.

(51) Lo señala de nuevo STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, cit., p. 172.

« antipositivismo legalista », como lo denomina Esteve (p. 117) — tendía a otorgar mayor valor a las interpretaciones hechas por la jurisprudencia (doctrinal y judicial). La cuestión se tornó especialmente sensible en la disputa en torno al principio de la igualdad ante la ley, en la que Kaufmann tanto destacó<sup>(52)</sup>. Como seguidamente se precisará, lo que estaba en juego era decidir hasta qué punto el legislador podía tener en cuenta las desigualdades socioeconómicas en sus leyes, justo a los efectos de generar mayor igualdad real. Contra esta posible lectura de la igualdad, que implicaba una ruptura con los usos legislativos del Estado liberal, desde las posiciones iusnaturalistas que Kaufmann reproducía se esgrimieron axiomas suprapositivos, de anclaje solo indirecto en la norma constitucional, que cumplían la función de limitar el alcance del intervencionismo legislativo en materia económica, tributaria y laboral.

No faltaron juristas — pienso en Hermann Heller y Franz Neumann — que resaltasen la paradoja que suponía invocar el principio de igualdad (formal) justo para combatir desde la doctrina y los tribunales las leyes que perseguían mayores cotas de igualdad (real). Pero no fue sino Kelsen quien, en su respuesta a la intervención de Kaufmann sobre el *Gleichheitsprinzip*, reveló las razones prácticas del giro iusnaturalista. El sospechoso cambio que Kaufmann había experimentado se explicaba por el propósito — netamente « político » — que animaba sus planteamientos jurídicos, consistente en « disminuir la autoridad del legislador » justo cuando, a consecuencia del sufragio universal y la organización de los trabajadores, se había producido una « sustancial variación de la estructura política del órgano legislativo ».

El problema, por tanto, no residía en el parlamentarismo ni en sus supuestos organizativos, sino en el previsible contenido material de sus decisiones legislativas, esto es, en las posibles mayorías capaces de transformar mediante la legislación el orden jurídico-privado liberal. La pregunta, entonces, vuelve a emerger: ¿hasta qué punto una concepción de los límites ético-materiales de la legislación como la planteada por Kaufmann puede seguir suministrando hoy, bajo el constitucionalismo democrático y en un Estado social, un antecedente doctrinal válido del control judicial de la ley? ¿No estamos más bien ante intentos preconstitucionales de limitación de la democracia, fundados en la creencia de un orden institucional indisponible, por su carácter presuntamente natural, algo por esencia incompatible con el constitucionalismo democrático? Antes que basarse en ellos, ¿no hubo más bien que romper con

---

(52) E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, en « Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer », Berlin, De Gruyter, 1926 p. 3 y ss. y 53-54 para la contestación de Kelsen.

este tipo de planteamientos iusnaturalistas para poder refundar el Estado constitucional? ¿Cabe localizar un antecedente cualificado de la democracia constitucional en una doctrina encaminada a bloquear, mediante la interpretación doctrinal y a través de ciertos aparatos del Estado, la realización legislativa de un programa político que no atenta contra los derechos esenciales, sino que revisa la distribución de los adquiridos?

En el sentido de estos mismos interrogantes, resulta aún más esclarecedor el caso de Leibholz. El hecho de que descendiese de padres judíos, aunque él profesase el luteranismo, acabó, en efecto, convirtiéndolo en víctima del nazismo; acosado por las escuadras estudiantiles, tuvo finalmente que exiliarse para salvar su integridad<sup>(53)</sup>. ¿Supone este hecho incontrovertible, y los incontables padecimientos que hubo de sufrir a causa de los nazis, incluida la pérdida de varios familiares (p. 157), que su obra producida en Weimar no alimentase la deriva autoritaria que acabó por arrollarlo? Una lectura somera de algunas de sus principales obras basta para inclinarse por una respuesta negativa.

Dudo así que su escrito sobre la « representación » no reprobase « el nuevo modelo de parlamentarismo », aceptando « a los partidos políticos como mandatarios y portavoces de la voluntad popular » (p. 116). Por el contrario, su conceptualización de la *Repräsentation* como categoría jurídico-pública opuesta a la *Vertretung* — expediente representativo de intereses particulares — impugnaba el parlamentarismo practicado en Weimar<sup>(54)</sup>.

La discrepancia era, además, de principio. Seguramente por efecto de la doble experiencia de la revolución y el desplome cultural burgués, el republicanismo democrático entendía la sociedad política como un proceso esencialmente indeterminado, cuyos contenidos efectivos solo podían ser el resultado de síntesis políticas provisionales, elaboradas por los ciudadanos — individualmente considerados, o unidos en asociaciones, sindicatos y partidos — en uso de unos

---

(53) Un breve y eficaz recorrido por los aspectos más destacados de su trayectoria en Weimar lo proporciona Manfred H. WIEGANDT, *Antiliberal Foundations, Democratic Convictions. The Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic*, en *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Peter C. Caldwell, William E. Scheuerman (eds.), Boston, Brill, 2000, pp. 106-135.

(54) G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1929, pp. 32-33 y 47-49. Abordo su doctrina representativa en *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens (1886-1943) y el debate jurídico de la Europa de entreguerras*, Granada, Comares, 2017, pp. 510-4.

derechos de participación ejercidos al interior de los procedimientos de composición proporcionados por el ordenamiento positivo <sup>(55)</sup>.

Las ideas de Leibholz se situaban en posición diametralmente opuesta a este planteamiento. Pensaba que las exigencias objetivas del concepto esencial de representación política resultaban de imposible aplicación en el orden constitucional weimarés <sup>(56)</sup>. La concepción « empirista atomística » de la sociedad, y su recurso al criterio electoral como principal vínculo de representación, ambos presentes en el sistema parlamentario vigente, resultaban insuficientes — cuando no incapaces — para fundamentar una relación representativa en términos políticos. Pero había más motivos. Para Leibholz, el sistema en vigor en Weimar era, de hecho, un ejemplo típico de *Interessenvertretung*, en absoluto de representación política. Lo demostraba el que de su praxis institucional emergiese un *Parteienstaat* en el que los diputados, de ser representantes libres e independientes de la nación en su conjunto, hubieran pasado a ser mandatarios de los partidos, y procuradores, por consiguiente, de intereses particularistas. Y, a su juicio, el juego de la representación de los intereses particulares, muy en especial de los de clase, no podía en ningún caso « representar a la totalidad del pueblo ».

Pero el régimen institucional de Weimar era incapaz de articular un modelo de veras representativo no solo por su deriva partitocrática, sino desde su mismo diseño constitucional, que había universalizado el derecho de sufragio y optado por la proporcionalidad. A diferencia de lo que acontecía en el Estado decimonónico, donde las restricciones de voto y la preferencia mayoritaria permitían la homogeneidad cultural de los representantes, la ampliación de los derechos de participación y la proporcionalidad — como mecanismos para instituir la « representación popular » — abocaban, por necesidad, a la concitación en la palestra parlamentaria de las fuerzas heterogéneas y contrapuestas que, con sus agendas particularistas, recorrían el tejido social, incapaces de producir efectos integradores.

La comprensión — « marxista », según su calificación — del Estado como un marco formal-racional destinado a la autocomposición de la sociedad constituía la renuncia misma a la idea estatal. A su juicio, « la unidad política del Estado », esa entidad que los órganos representativos debían actualizar y revitalizar con sus decisiones, « no p[odía] resultar de

---

<sup>(55)</sup> Sobre la que llamo « figura constitucional republicana », ensayo una interpretación de conjunto en tal sentido en *Iluminaciones sobre Weimar*, cit., pp. 688-696.

<sup>(56)</sup> Para todo lo que sigue, salvo cita expresa, vid., de nuevo, LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., pp. 50-54, 98-123, 141, 148-149 y 161; y ID., *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria* (1933), Milano, Giuffrè, 1996, pp. 9, 16-17, 57-58, 62 y 78-91, de donde tomo la mayor parte de los datos para constatar la deriva despótica de sus premisas nacionalistas.

una multiplicidad de fuerzas pluralistas, de acción divergente, más que convergente, determinadas sobre todo en sentido económico y de clase ». Instalada su dinámica, desvinculados los representantes de todo referente unitario nacional, ligados solo, a través de las organizaciones partidarias, a la ciudadanía movilizada, nada podía garantizar — en 1929 — que el juego político no desembocase en « una reconfiguración revolucionaria y antidemocrática del ordenamiento jurídico ».

Su propuesta doctrinal se dirigía, así, ante todo, a evitar en la práctica posibles horizontes de signo socialista o comunista canalizados por vía parlamentaria. Quizá razonamientos de este tipo sirviesen, ya en la República Federal, para defender cosa en apariencia parecida, pero ostensiblemente diferente: el que los partidos en disputa democrática deben asumir como punto de partida el común respeto no solo a los procedimientos, sino también al orden material de valores plasmado en la Constitución (comenzando por la consideración de la dignidad humana como principio inderogable). Y hubo notorias coincidencias que revelan una posible continuidad de fondo, como muestra la ilegalización del KPD alemán en los años 50<sup>(57)</sup>. Sin embargo, aun desenvueltos ambos argumentos en un plano ético-material, en el segundo caso se trataría de constitucionalismo y no de nacionalismo. En el señalamiento de los límites que los representantes políticos deben respetar y de los valores que han de actualizar, no parecen comparables el orden de principios racionales asentados en la Constitución y el conjunto de valores supuestamente engastados en la identidad de la nación, mucho menos cuando tales valores no resultan compartidos por la totalidad, ni siquiera por la mayoría de los ciudadanos, y es más que dudosa incluso su compatibilidad con la Constitución en vigor, como ocurría en tiempos de Weimar.

El desfase existente entre, de un lado, los valores materiales supuestamente definitorios de la « nación » y, de otro, la compleja y plural fisonomía real de la sociedad política alemana de los años 1920, señala la deriva autoritaria a la que estaban condenados sus planteamientos. Cuando se produjo la toma nazi del poder, su inclinación a deslegitimar la institucionalidad republicana por falta de representatividad se transformó en disposición para legitimar el nuevo Estado autoritario. Si el *Herrscher* de la democracia parlamentaria degeneraba al parecer con facilidad en un déspota conculcador de los derechos de las minorías, ya en el gobierno del III Reich, en sus primeros compases, « la figura del dominio [había] dev[enido] una relación de superioridad y de subordinación fundada sobre un convencimiento común más libre e íntimo ». Si los actores del pluralismo igualitario republicano no

---

(57) A. VON BRÜNNECK, *Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1968*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1978, p. 71 y ss.

hacían más que desgarrar la unidad del Estado con total irresponsabilidad, ya en el nuevo régimen se pudo instaurar por fin una « relación esencial entre libertad de decisión política y auténtica, esto es, personalísima responsabilidad [...] frente a la comunidad ». Y si las elecciones populares libres, el principio de proporcionalidad y la competencia entre partidos conformaban un artefacto disgregador, el presidencialismo, el nombramiento desde arriba de las autoridades, la búsqueda de una representación corporativa e incluso la ausencia de elecciones podían ya permitir la instauración en Alemania de un Estado verdaderamente representativo.

Representativo, claro, desde el sesgado punto de vista de Leibholz. Como acontece con su maestro Triepel, su intervención doctrinal de los primeros meses del III Reich sirve para ubicarlo en la competencia de proyectos entonces en liza: partidario de una fórmula autoritaria corporativa y presidencialista, se oponía a la receta totalitaria enderezada a colonizar espiritualmente a la entera población, y buscaba, en consecuencia, algún tipo de salida de síntesis entre ambas vertientes. Pero tal intervención ha de servir aquí para corroborar dos cosas: que nada tenían que ver sus concepciones de la representación con el sistema parlamentario republicano y que se dirigían más bien a deslegitimarlo para sustituirlo por un régimen autoritario.

Tampoco sirve su tesis sobre la igualdad ante la ley como antecedente válido de la actual limitación constitucional del legislador. El que con ella defendiese « el control judicial de las leyes para evitar la arbitrariedad del legislador » (p. 122) le permite aparecer como precedente del control de constitucionalidad, pero su reflexión sobre « el vínculo del legislador al derecho » a través del principio de igualdad respondía a parámetros no solo ajenos, sino incluso opuestos al constitucionalismo democrático en vigor <sup>(58)</sup>.

Leibholz no ocultaba el motivo que hacía imprescindible recurrir al control de la ley en la Europa de posguerra. Se había roto la identidad entre « ley formal y derecho material » que, de forma ingenua, se daba por sentada en el Estado liberal. Sus ideas sobre la representación y la igualdad se conectaban estrechamente en este punto. Si la democracia parlamentaria republicana resultaba incapaz de representar a la totalidad del pueblo, entonces la legitimidad de las leyes que producía se encontraba por fuerza en entredicho. Por eso, « al reducirse la con-

---

(58) Para lo que sigue vid. G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, Otto Liebmann, 1925, pp. 29, 40-41, 45, 74, 77-78, 86-88, 98, 100, 106, 112 y 124; y Id., *La dissoluzione della democrazia liberale*, cit., pp. 30, 34-36, 40, 85-85, 90 y 93-94. De la versión española de esta concepción de la igualdad ante la ley y sus consecuencias me ocupo en *Entre Weimar y Franco*, cit., pp. 566-596.

fianza en la identidad entre ley y derecho » con el nuevo sistema institucional posliberal, no solo resultaba idóneo, sino que urgía que los jueces tuvieran la facultad de comprobar la no arbitrariedad de la legislación.

Si con tales consideraciones comienzan a aflorar distancias notorias respecto de la actual fundamentación del control de constitucionalidad, estas se tornan insalvables en cuanto examinamos los propósitos específicos de Leibholz. Constatado que el concepto convencional de la igualdad, marcado por su dimensión política y económico-material, « t[endía] a ser radicalmente expansivo », se había hecho evidente « la necesidad de ponerle límites para frenarla ». Su reflexión se dirigía, por tanto, a contribuir a amortiguar la tendencia de igualación social que del plano político — con el sufragio universal — amenazaba con saltar al plano económico-social. Por parafrasear a nuestro autor, se trataba de emplear la igualdad *ante* la ley para bloquear las tentativas — parlamentarias — de promover la igualdad *a través* de la ley. El intento de procurar incrementar la igualdad real a través de la legislación era así lo que, desde el punto de vista de Leibholz, encerraba mayores peligros de arbitrariedad.

¿Y cómo podían combatirse las políticas igualitarias invocando el propio principio de igualdad? Semejante posibilidad se explica por la noción que Leibholz manejaba, y que, por vía interpretativa, pretendía ver plasmada en la norma fundamental. A su entender, la constitución alemana en ningún caso preveía « la aplicación de una igualdad mecánica »; más bien registraba como punto de partida « las diferencias entre los seres humanos », « la desigualdad real entre las personas », fundadas en última instancia en « la esencia de las cosas ». La igualdad, por tanto, solo podía entenderse en su acepción clásica, como « igualdad proporcional », como expresión del principio de proporcionalidad, que admite distinguir los tratamientos jurídicos en función de las desigualdades naturales a la hora de la « distribución de derechos y deberes ». Las diferencias que la legislación podía legítimamente tener presente, sin incurrir por ello en arbitrariedad, eran así las que se basaban en las diversas capacidades, dones y facultades que los individuos tendrían por naturaleza. Por el contrario, la ley no podía constituir un mecanismo de corrección de esas desigualdades naturales, consideradas inalterables. Su concepto de igualdad no hacía entonces sino plasmar, en época posmoderna, el clásico criterio de justicia « aristocrático » de la « proporción », según el cual « lo justo no es lo mismo para el superior y para el inferior, sino lo proporcional » para cada uno, atendidas las cualidades diferenciales que otorgan a unos supremacía y a otros subalternidad <sup>(59)</sup>.

---

(59) ARISTÓTELES, *Ética eudemia*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 148-149.

Toda aquella legislación que estableciese, por razón de pertenencia a « un determinado partido, clase, grupo, confesión » o cualquier otro colectivo, un estatuto legal diferenciado « en un sentido favorable o desfavorable », y que no se encontrase apoyado en desigualdades naturales, sino que, por el contrario, persiguiese por medio de las leyes mayores cotas de igualación, caía, en principio, en la órbita de la arbitrariedad. Aunque no por necesidad. El parámetro de valoración que los jueces debían utilizar para detectarlo era la « conciencia jurídica » de la comunidad, irritable ante los actos estatales arbitrarios: tal era el « factor decisivo » que decidía « sobre la existencia respectiva del concepto político de igualdad », y que había de servir al juez para dictaminar si una « demanda de igualdad » resultaba compatible, o no, con la idea de justicia compartida en sociedad.

Qué tenía entonces en mente Leibholz como posibles casos de leyes arbitrarias que debían desaplicarse por la magistratura. Saltan a la vista numerosos ejemplos que podrían servir de precedente actual para limitar el poder legislativo, por manifestarse en interdicciones de discriminación por motivos raciales, religiosos o de nacionalidad. El problema, sin embargo, radica en su utilización preferente en el terreno económico-laboral, como freno del intervencionismo estatal. Y aquí la aplicación judicial que Leibholz tenía como ejemplo a secundar se correspondía, ni más ni menos, que con la asimilación invertida que de la XIV Enmienda había realizado la muy conservadora Corte Suprema estadounidense. El trato igual de las leyes se convertía en imposibilidad de diferenciar las desiguales posiciones ocupadas en sociedad a fin de generar resultados igualitarios. Por eso, a su juicio, incurrirían en arbitrariedad leyes que gravasen a las sociedades, por suponer una discriminatoria « doble imposición », o que regulasen « los precios de las viviendas de alquiler », por discriminar a sus propietarios.

Efectivamente, las leyes dirigidas a proporcionar « ventajas o desventajas económicas » a « determinados individuos » no solo resultarían arbitrarias si se fundaban, por ejemplo, en « consideraciones confesionales », sino también si atendían a « la pertenencia de las personas a determinados estamentos y clases ». En la interpretación de Leibholz, era la propia Constitución la que prohibía este tipo de discriminaciones; sin embargo, la interpretación democrática y sistemática de la norma fundamental veía en ella la prohibición de discriminaciones por razones económicas o de clase, combatiendo las exclusiones del orden liberal anterior, pero el mandato de establecer marcos legales de protección especial de determinados sectores en razón de su vulnerabilidad económica. En un gesto típico del conservadurismo nacionalista alemán, nuestro jurista no hacía más que emplear un enganche « anclado » en la propia norma fundamental con el propósito de vaciar su normatividad, ante todo la de su flanco social, en

sede de aplicación judicial, dando, claro, por descontada la adscripción política conservadora de la mayoría de la magistratura.

El derecho laboral democrático, basado en la premisa de favorecer a un grupo de la población por motivos de dependencia económica, así como la imposición progresiva en materia fiscal, quedaban así, desde los postulados de Leibholz, constantemente sometidos a escrutinio y filtro judicial. Pese a la identidad léxica, sus planteamientos no pueden por eso proponerse como antecedente. La razón es clara: el concepto de igualdad immanente al Estado social se coloca en posición diametralmente opuesta respecto del liberal-burgués mantenido por Leibholz, como bien se deduce del art. 9.2 de nuestra constitución actual (o del 3.2 de la italiana), que no solo permite, sino que ordena a los poderes públicos, también al legislador, promover la igualdad real. Tan palmaria es la colisión, que la tentativa de volver a introducir esta noción paleoliberal de la igualdad en nuestro orden constitucional, debida al ministro de Franco Laureano López Rodó, no contó con recorrido alguno en su momento<sup>(60)</sup>. Cosa distinta, y temo que cierta, es que la costumbre constitucional de los países europeos haya derogado, en la práctica, el contenido de preceptos como el 9.2. Pero, en ese caso, las concepciones veteroliberales que Leibholz encarna seguirían sin constituir el precedente del constitucionalismo garantista; compondrían, más bien, una remota expresión de la principal fuerza que conspira para su actual vaciamiento.

Igual imposibilidad debería presentar también el *Rechtsbewusstsein* como instancia decisoria objetiva a la que acudir para saber cuándo una ley es arbitraria, o no. La inconsistencia del postulado en un sistema como el de Weimar salta a la vista. ¿Cómo una « demanda de igualdad » podía alcanzar la mayoría necesaria para cristalizar en ley y ser, al propio tiempo, contraria a la « conciencia jurídica » de la comunidad?

Como « régimen de autoinstitución de lo social »<sup>(61)</sup>, aquel sistema, en todo aquello no tasado inequívocamente por la constitución, partía de una posición de neutralidad relativista en lo que hacía a las concepciones de justicia, dando por sentado que en la sociedad moderna, como ya era la alemana de posguerra, concurren numerosos códigos morales bien diferenciados, sin que exista una instancia superior objetiva, irrecusable y científica capaz de excluir unos en beneficio de otros. Dentro del orden de principios, derechos y procedimientos

---

(60) S. MARTÍN, *Sozialstaat y derechos sociales en el trance constituyente (1977-1981)*, en *Derechos sociales: lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Abraham Barrero (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 22, n. 17.

(61) Así define sintéticamente la democracia P. ROSANVALLON, *Por una historia conceptual de lo político*, México, FCE, 2003, p. 51.

fijado explícitamente en la constitución, el constitucionalismo democrático reconoce que todos los grupos o partidos tienen igual legitimidad para llevar sus programas a la letra de la legislación. Sostener que tan solo unos pocos de entre ellos podían actuar conforme a la justicia comunitaria solo servía — como Kelsen aclaró — « a fuerzas políticas que t[endía]n a la hegemonía de un solo grupo de intereses », el cual, en la medida en que rechazaba tomar en consideración otros intereses distintos, « procura[ba] disfrazarse ideológicamente como interés colectivo ‘orgánico’ o ‘verdadero’ »<sup>(62)</sup>. Y toda la doctrina de Leibholz se encontraba enderezada a evitar, con argumentos pseudocientíficos, el que ciertas opciones políticas, con buen basamento constitucional además, tuviesen la oportunidad siquiera de inspirar la legislación, habilitando a los jueces para que lo impidieran.

A este respecto, al lector crítico de la monografía de Esteve no puede menos que llamarle la atención dos cosas. La primera, menor, es el contraste existente entre su repetida censura de los republicanos radicales franceses por no acometer políticas sociales protectoras de la clase trabajadora, prefiriendo recurrir a un estupefaciente y compensatorio laicismo desbocado, y su celebración de expedientes argumentales como los de Leibholz, dirigidos precisamente a bloquear por vía jurisprudencial toda agenda social avanzada en materia laboral o tributaria. Diríase que preocupa al autor bastante más la secularización del espacio público que la postergación de las políticas sociales. Y la segunda, mayor, es la relativa falta de correspondencia entre su diagnóstico general del estamento académico alemán como conjunto de mandarines a la defensiva por sentirse desplazados por la democracia, y su conclusión particular acerca de la condición y alcance de los artefactos doctrinales elaborados por algunos de sus componentes. De haber llevado hasta el final sus premisas interpretativas obtenidas de la obra de Ringer habría debido concluir que, con ideas como las de Leibholz sobre la representación o la igualdad, más que ante los orígenes de ciertos mecanismos garantistas de derecho público vigentes en la actualidad, estamos ante dispositivos defensivos, incluso reaccionarios, para provecho particular del sector nacional-conservador del que tales autores eran solidarios<sup>(63)</sup>.

Lo relevante no es que fuesen doctrinas de partido, sino que sus pretensiones se equiparasen con el auténtico interés nacional. Justo ese modo singular — absolutista — de hacer valer sus intereses es lo que permite calificarlas, no como precedente del constitucionalismo de las garantías, sino como presagio del autoritarismo.

---

(62) H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934, p. 44.

(63) Sobre esa utilidad clasista, vid. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, cit., p. 190.

Fue el propio Leibholz quien se encargó, una vez más, de mostrarlo. Y no me refiero con ello solo al dato esclarecedor de que todas las objeciones garantistas esgrimidas contra las leyes de contenido igualador se esfumaban cuando se trataba de considerar la «ley de plenos poderes», aceptada como hecho consumado sin más, que había venido a fundar «un nuevo sentido de la autoridad», contra el que al parecer no cabía ya reproche constitucional. Aludo al elocuente dato de que para Leibholz esos derechos fundamentales que no podían vulnerarse por la ley, a diferencia de lo que pueden significar bajo el constitucionalismo democrático, constituían una expresión simbólica de «la unidad nacional alemana», en el entendido organicista de que «la libertad reconocida al individuo, también y sobre todo en el ámbito cultural, no exist[ía] para el individuo, sino para los valores materiales absolutos [definitorios de la unidad nacional], a cuya realización el individuo est[aba] llamado».

Así, una vez mutado el sentido garantista de los derechos, una vez transformados en «instituciones de la nación» — dicho sociológicamente: en funciones de una determinada, minoritaria y sesgada visión de lo que era la identidad nacional —, la propuesta de Leibholz — como la de su maestro Triepel — fue la de mantener la parte dogmática de la Constitución bajo el III Reich. Su objetivo — se ha sugerido — era inclinar la balanza en favor del proyecto autoritario-corporativo frente al más secamente totalitario. Pero si cabía siquiera semejante propuesta no era por abrigarse el propósito de hacer más garantista al régimen en ciernes, sino porque su noción de los derechos mantenida durante la época de Weimar ya era lo suficientemente autoritaria y nacionalista como para no tener que sufrir revisiones. En un gesto llamativo, el principal artífice de la lectura conservadora-nacional de la segunda parte constitucional, Ernst Rudolf Huber, le replicó que si bien resultaba cuestionable que expresiones como *Grundrechte* o *Staatsrecht* — «acuñadas en el mundo intelectual del liberalismo» — continuasen siendo válidas en la nueva situación político-constitucional, los «derechos fundamentales», una vez entendidos como «formas básicas del orden popular», tal y como Leibholz se mostraba conforme en concebirlos, resultaban entonces «absolutamente compatibles con el Estado total» (64).

### 7. *Alcance real del control judicial de la ley.*

Va quedando clara entonces cuál es nuestra objeción. Esta vuelve a hacerse evidente en la principal «realización» de los iuspublicistas

---

(64) E.R. HUBER, en «Archiv des öffentlichen Rechts. Neue Folge», 24 (1934), pp. 247, 248 y 250.

examinados. Los tres autores recién repasados — el maestro Triepel y los discípulos Kaufmann y Leibholz — se caracterizaron, en efecto, por su defensa del « control de constitucionalidad como mecanismo que limite y evite los posibles excesos de poder del legislador parlamentario » (pp. 121-122). En los tres casos es visible esa « actitud preventiva ante la nueva ‘tiranía parlamentaria’ » (p. 154) que el autor coloca en los orígenes del control judicial de la ley aceptado como conquista del derecho público actual. Y así descrita su disposición doctrinal, efectivamente se presentaría como precedente cualificado de actualidad. Pero, como se ha apuntado, hay que desentrañar el significado jurídico-político preciso de aquella actitud para saber si pudo ejercer, o no, como motivo inspirador de un instituto básico de la democracia constitucional. Y para ello sirve una distinción clave, que, a mi juicio, no hace suficiente acto de presencia en nuestra monografía: justo la que diferenciaba entre el control formal y el control material de constitucionalidad, importando, en este segundo caso, el grado de anclaje en la norma fundamental exigido al parámetro de control utilizado.

De haberse empleado esta distinción para guiar la exposición se habría hecho muy pronto patente para el lector que la dimensión controvertida de los autores antiparlamentarios no procedía de su saludable deseo de contener el despotismo del legislador, sino de su propuesta de otorgar a los jueces la facultad de controlar la moralidad de las leyes con arreglo a principios constitucionales interpretados en contraposición al propio espíritu de la Constitución. Lo que niega a esta doctrina la condición de antecedente es que en los tres casos se trataba, ante todo, de defender el control material de la ley sin apenas anclaje en la norma fundamental, con vagas alusiones a la « razonabilidad » que remitían en realidad al arbitrio judicial, inaceptable en un sistema constitucional que vinculaba a los jueces a la ley. De haberse insistido en que la controversia radicaba en el carácter material del control judicial postulado, se habría podido aclarar cómo Gaston Jèze, de haber defendido la revisión judicial en los tiempos de preguerra, rectificó su opinión en cuanto detectó que sus colegas y maestros Duguít o Hauriou defendían, más que una garantía jurisdiccional de los derechos, una limitación de la democracia en beneficio de poderes oligárquicos con una funesta instrumentalización de la justicia<sup>(65)</sup>. Así, lo que en la literalidad ideológica de las expresiones de los tres autores examinados aparece como defensa frente al « absolutismo parlamentario », no era más que ataque contra un parlamentarismo más equilibrado y representativo que el de notables anterior, justo para evitar que aprobasen leyes económicas igualitarias, y proteger con ello un « absolutismo » bien real como el de la propiedad. Más que defensa frente a una posible

---

(65) MARTÍN, *Modelos teóricos de derecho público*, cit., pp. 156-157.

« tiranía parlamentaria », existía en sus consideraciones propósito de salvaguarda de la tradicional tiranía de los poderes privados sobre las mayorías populares.

La corriente que los tres reproducían, coincidente en representar la sociedad política como *Volksgemeinschaft* supraindividual, postulaba efectivamente un « control de la ley », pero no como « medio de garantía de la Constitución », sino como « instrumento de valoración » ética « sobre la base de criterios extranormativos »<sup>(66)</sup>. Puede que esta habilitación de los tribunales alemanes, arrogada por una célebre sentencia de 1925, no se tradujese tanto en la declaración de la inconstitucionalidad de numerosas leyes parlamentarias como en « la influencia reguladora que irradiaba de la sola existencia del poder de control judicial »<sup>(67)</sup>. Pero algún efecto práctico tuvo cuando, entre los años 1920 y 1930, « se cuentan ya numerosísimas sentencias, sea de tribunales federales como estatales, que reivindica[ban] el derecho de controlar la ley a través de la invocación de la igualdad », con la peculiaridad de que el *Gleichheitsprinzip* no servía más que como pretexto para volver a examinar « la ‘justicia’ de la ley », mas no conforme a criterios jurídico-constitucionales, sino bajo « parámetros como la naturaleza de las cosas o la conciencia jurídica de la comunidad »<sup>(68)</sup>, justo aquellos módulos interpretativos puestos en circulación por los autores examinados.

Por esta serie de motivos, si se trata de buscar los antecedentes doctrinales, válidos a día de hoy, de la supremacía de la Constitución, el « control judicial de las leyes » y la « vinculación del legislador a los derechos fundamentales » (p. 22), se hallarán más correctamente en las propuestas de Hans Kelsen y Adolf Merkl que en las de Triepel, Kaufmann o Leibholz. Ciertamente es que Kelsen subrayaba la apertura de la legislación a todos los contenidos, justo para recordar la legitimidad de leyes sociales que revisasen el tradicional estatuto absoluto de la propiedad privada y la libertad contractual. Pero no lo es menos que en los planteamientos normativistas es donde mejor se encuentra la afirmación del carácter supremo de la Constitución jurídico-positiva y la subordinación de legislador — y del resto de aparatos del Estado — a sus preceptos, incluidos aquellos de contenido ético-material de significación inequívoca. Y es que, aunque en instancias jurisdiccionales supraestatales puedan seguir teniendo cabida legítima, como elementos

---

<sup>(66)</sup> G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 83-84.

<sup>(67)</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987, pp. 88-91, tomando la cita que recoge de E.R. Huber.

<sup>(68)</sup> VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., p. 85.

de la argumentación, principios culturales de acuñación judicial <sup>(69)</sup>, en los sistemas estatales democráticos continúa siendo difícilmente admisible que un colegio de magistrados goce de prevalencia sobre la cámara de representantes a la hora de interpretar principios abstractos polisémicos recogidos en la norma fundamental <sup>(70)</sup>.

#### 8. *Réditos del institucionalismo católico.*

La dudosa utilidad de la línea de pensamiento antidemocrático — mucho más que « antiparlamentario » — para originar nada actual excede su comprensión del control judicial de la ley. La incompatibilidad reside en sus propios fundamentos metodológicos. Se trata de una corriente por entero inválida para provecho jurídico-público actual, excepto para quienes pretenden subvertir y sustituir, de nuevo, el orden constitucional por un Estado unitario nacionalista, justo precisamente lo que, con razón, rechaza el autor de nuestra monografía. El pluralismo asimilado como valor constitucional imposibilita reconocer en estas posiciones monistas arranque u origen alguno de nada válido en la actualidad. Pero lo crucial es que el pluralismo hoy incorporado a la cotidianidad reinaba ya, en los hechos y parcialmente en el derecho, en los tiempos de Weimar, cuando tales doctrinas reaccionarias fueron planteadas. Sus funciones y entidad solo se pueden entender de forma cabal si se ponen en relación con aquella sensibilidad constitucional. Inscritas en las « ciencias del espíritu » de cuño fenomenológico, postulaban unos presuntos principios políticos objetivos justo cuando tal objetividad era ya imposible de postular. Pretendían representar un retorno a lo objetivo y elemental justo en « una situación cultural donde la fenomenología no p[odía ya] volver pura y simplemente ‘a las cosas mismas’ » <sup>(71)</sup>, dado el reinado científico y cultural de la diversidad.

De similar ambigüedad adolece el institucionalismo católico de Maurice Hauriou. Destaca Esteve la preocupación del autor francés, vertida en su teoría objetivista, « por preservar unos valores, unas instituciones y unas estructuras básicas de la sociedad » frente a los riesgos de su disolución (p. 138). Sobre la base de su aportación, desarrollaría después Schmitt su constructo de la « garantía institucional »: desde su enfoque, las constituciones ejercerían tan solo una

---

<sup>(69)</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *Avatares de los derechos: el caso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*, en *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Jesús Vallejo, Sebastián Martín (eds.), Navarra, Thomson-Reuters, 2019, pp. 605-621 (611).

<sup>(70)</sup> Tal era, como se sabe, la posición de Kelsen. Permítaseme, de nuevo, la autoremisión, tanto para este extremo como para el de la estratégica indeterminación a priori de la ley: *Modelos teóricos de derecho público*, cit., pp. 171-174 y 180-184.

<sup>(71)</sup> G. BACHELARD, *El materialismo racional*, Buenos Aires, Paidós, 1976, p. 42.

función declarativa, no constitutiva, de determinadas instituciones, « operándose una suerte de remisión a los rasgos que ha dejado en ellas su tratamiento normativo estable, y su continuada aceptación por la conciencia colectiva » (p. 144). La « garantía institucional » recogida en la norma fundamental compondría así un « sistema defensivo levanta[do] frente a un enemigo potencial, pero perfectamente identificado: el legislador parlamentario » (*ibíd.*). Y, en efecto, para evitar que, « como Saturno, devorase a sus hijos », el propósito de la teoría de las instituciones era recordar que un « régimen de Estado » debía consistir por necesidad en un protectorado de la forma de « vida civil », la cual descansaba — a juicio de Hauriou — en « dos instituciones fundamentales, la propiedad individual capitalista y la familia monógama »<sup>(72)</sup>, ambas amenazadas por las tendencias revolucionarias igualitarias y colectivistas cada vez más presente en los parlamentos.

No es la identificación del aporte de Hauriou, de su función política preliminar y de sus líneas de desarrollo, lo que mueve a la objeción. Lo que parece discutible es entenderlo, de nuevo, como presunto origen de prácticas garantistas, y no, precisamente, como lo que efectivamente fue, esto es, un esquema argumental de uso y provecho antidemocrático y, a la postre, dictatorial. La ocasión permitía indicarlo, visto que se ocupa del « pensamiento institucionalista » en España precisamente bajo el franquismo, pero Esteve prefiere limitarse a detectar su continuidad en los ámbitos mercantil — el concepto institucional de empresa, de Garrigues —, laboral — la relación de trabajo como institución, de Pérez Botija — y filosófico-jurídico — la política cristiana « del bien común », de Ruiz Giménez —, indicando tan solo que las aristas antiparlamentarias desaparecieron justo por no existir parlamento alguno al que oponerse (pp. 147-150). Sin embargo, las aportaciones aludidas demuestran algo, bastante más: que la teoría institucional, si pudo servir de límite contra el legislador democrático, servía ahora de apoyatura desde la que borrar todos los límites a un legislador despótico militar. Bastaba, pues, con considerar que con sus medidas no hacía sino cuidar el « bien común », fundarse en la « célula natural » del municipio o proteger la institución empresarial para que quedasen justificados todos sus atropellos. El institucionismo católico se revelaba así, no como doctrina susceptible de contener el poder, sino como canal para facilitar su despliegue tendencialmente ilimitado, y no solo del poder estatal oficial, sino también del privado empresarial que quedaba blindado como jefatura incontestada por las teorías laborales y mercantiles mencionadas. La idea institucionista opuesta al « normativismo positivista », según la cual « el Derecho no es pura y arbitraria creación del legislador » (p. 149), servía, en fin, para legitimar en el

---

(72) HAURIUO, *Principes de droit public*, cit., p. 763.

campo doctrinal justo el régimen que otorgaba a un dictador una potestad legislativa general ilimitada, o, más bien, con el único, falso y encubridor límite de que con ella no hacía más que cuidar el « bien común » o expresar el « espíritu nacional ».

Una concepción nominalmente nacida para contener la arbitrariedad legislativa servía para fundamentar la peor de las arbitrariedades normativas. El relato queda, en suma, descabulado si no se menciona la obviedad, que el institucionismo católico sirvió para legitimar « una dictadura militar » incluso en su « periodo más riguroso » (p. 149) <sup>(73)</sup>. Y no se trata de una cuestión histórica, sino teórica. Esta doctrina partía de la idea de que las instituciones cuentan con un núcleo esencial indisponible, que la legislación solo puede declarar, expresar y recrear. Son, en definitiva, irreductibles y resistentes a su normación; su fisonomía precede y excede el conjunto de reglas que las regula. Este planteamiento, que, desde un punto de vista sociológico, podría resultar impecable a primera vista, decae en cuanto se descubre el velo y se contempla lo existente dentro de ese contenido esencial.

Ejemplo paradigmático es el de la familia, según el planteamiento de Hauriou. Expresión de la función natural de la « reproducción de la especie », de los « hechos naturales de la unión del hombre y de la mujer y de la procreación », cristalizó en unos institutos seculares como « el matrimonio, la filiación legítima, la autoridad marital y paternal, destinados a crear, alrededor de la mujer y de los niños, un medio favorable, un hogar dotado de gran estabilidad, de una gran autonomía y de una gran dignidad » <sup>(74)</sup>. En la presunta esencia de la institución familiar no encontramos así sino la ideología particular, regresiva, en franca retirada ya desde principios del siglo xx, del propio Maurice Hauriou. Desde su punto de vista, las leyes que aprobaban el divorcio, equiparaban a efectos de derechos a los hijos extramatrimoniales o igualaban las posiciones del marido y la esposa constituían un ataque del legislador contra la institución familiar en su condición natural; por eso las propuestas de reforma que él mismo planeaba atendían, por ejemplo, a prohibir el divorcio, restaurando la indisolubilidad del sacramento.

Si resulta evidente el descuadre de la concepción institucionista católica en su propia contemporaneidad, mucho más desenfocada resultará su calidad de antecedente de unos tiempos en los que el derecho de familia permite ya el matrimonio entre personas del mismo

---

<sup>(73)</sup> Hubo hasta un intento de explicar la dictadura a través del órgano iuspublicístico de Hauriou: J.L. SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURI, *Manual de Derecho político español*, Madrid, Victoriano Suárez, 1939. Sobre el institucionismo en la Alemania nazi, vid. RÜTHERS, *Derecho degenerado*, cit., pp. 83-84 y 202-215.

<sup>(74)</sup> HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., pp. 764 y 771.

sexo. La concepción sustancialista de las instituciones no solo no antecede, sino que resulta incompatible con la doctrina de las limitaciones constitucionales del legislador democrático. Repárese en que no se dice que tales limitaciones no existan, y que no puedan ser entendidas como instituciones objetivas intraspasables por la ley; sencillamente se aclara que su articulación teórico-jurídica no se puede hacer teniendo presente aportaciones como la institucionista, sino procediendo más bien a su revocación.

### 9. *¿Exilio de administrativistas?*

Nuestro autor prefiere entonces no detenerse en la obvia funcionalidad autoritaria, mucho más que garantista, de las construcciones doctrinales que examina. Y no porque apruebe el autoritarismo jurídico, algo que no hace en absoluto, sino porque, en el terreno doctrinal, lo ciñe a aquellos juristas que « se entrega[ro]n a dar cobertura al régimen con obras indignas que hoy resultan insalvables » (pp. 158-159). Nada habría que replicar a esa rigurosa delimitación si, una vez realizada, no se la sometiese a incomprensibles excepciones. Ocurre con el caso de Ernst Forsthoff, cuya obra *Der totale Staat*, al parecer, « no pretendía dar el sentido totalitario que de su desacertado título pudiera desprenderse » (p. 160). Por su parte, Ernst R. Huber, quien « había mantenido posiciones en total sintonía con el socialismo », se habría alejado del régimen « cuando se h[izo] visible hacia donde iba » (*ibíd.*). Uno y otro prefirieron a partir de entonces dedicarse a ocupaciones más abstractas o más técnicas a fin de eludir su compromiso cultural con el totalitarismo. Tal grado alcanzaría esa elusión, que ambos autores resultan abordados en un epígrafe titulado « el exilio en el Derecho administrativo » (pp. 159-161).

No entretendremos al lector con paráfrasis del libro citado de Forsthoff para evidenciar su adhesión plena a la jerga totalitaria, como tampoco habremos de insistir en que el compromiso cultural con la política fascista se puede manifestar en todo objeto de estudio, por abstracto, metodológico o técnico que éste sea. Por otra parte, resulta más que dudoso que haya que esperar « a fines de los años treinta » (p. 159) para saber « hacia donde iba » un régimen basado en una represión política desaforada y racista desde su mismo arranque. Podrá sostenerse que recordar la evidente filiación nacionalsocialista de Forsthoff, la que le llevó a la separación del servicio activo durante algo más de un lustro <sup>(75)</sup>, no transmite al « intérprete » el « derecho de

---

<sup>(75)</sup> Separación decidida por « las fuerzas de ocupación norteamericanas »: H.H. KLEIN, *Ernst Forsthoff (1902-1974)*, en *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, cit., pp. 609-627 (610).

realizar apresurados juicios moralistas de responsabilidad personal frente a un asunto de evidente responsabilidad colectiva » (76). Pero, a no ser que se mantenga el extensivo concepto schmittiano de « exilio interior » (77), ante el exilio real — exterior e interior — sufrido por numerosos juristas alemanes, no parece del todo ponderado hacer transitar a autores como Forsthoff o Huber desde las filas del nazismo a las de una sufriente retirada en su propio país.

10. *Las funciones políticas de los discursos jurídicos y la responsabilidad de sus autores.*

Concluyamos nuestro comentario con una cautela metodológica. Quizá la hipótesis de nuestra monografía se haga verosímil solo a condición de conceder credibilidad a lo que los juristas decían literalmente sobre sus propias construcciones. Y es que ¿cómo no celebrar una doctrina elaborada contra el « despotismo », la « tiranía » o el « absolutismo » en salvaguarda del « bien común »? Para evitar solapamientos y equiparaciones distorsivas, el historiador debe introducir cierta distancia con las fuentes doctrinales de que se sirve justo con el fin de localizar las funciones prácticas perseguidas por sus autores.

El mejor ejemplo lo proporciona el más brillante pensador anti-parlamentario: Carl Schmitt. Con su conocida caracterización del parlamentarismo liberal, se puede optar por exponerla (pp. 65-7, 108-11) como si describiese la realidad de las asambleas decimonónicas, o bien se puede entender como un constructo cuya principal valencia operativa no perseguía esclarecer el pasado institucional europeo, sino servir al fin político inmediato de socavar los parlamentos democráticos basados en la competencia electoral entre partidos. La « clara intencionalidad política » que Esteve detecta en algunos giros schmittianos, como la elevación de « la burocracia profesional » a institución constitucionalmente garantizada (p. 145), resulta, de hecho, extensible a toda su construcción doctrinal sin excepción. Y no es algo que Schmitt ocultase: su sincera confesión de que todos los conceptos jurídicos son artefactos polémicos, destinados a servir a determinados propósitos en la disputa política, compone un valioso consejo metodológico que debe utilizarse, en muy primer término, para el análisis de su propio pensamiento.

---

(76) B. SORDI, *Il primo e l'ultimo Forsthoff*, en « Quaderni fiorentini », 25 (1996), p. 670. Cabría añadir que la « responsabilidad colectiva » no puede significar una eximente de responsabilidad individual.

(77) C. SCHMITT, *Observaciones en respuesta a una conferencia radiofónica de Karl Mannheim* (1945-6), en ID., *Ex captivitate salus*, cit., pp. 31-33.

Pero al historiador del derecho no solo han de interesar las funciones sociopolíticas del discurso jurídico pretérito, sino también, y sobre todo, las latentes en el propio discurso que elabora. Ya se ha dicho suficiente sobre la dudosa precisión historiográfica de señalar como orígenes del constitucionalismo garantista lo que se formuló para debelarlo; indíquese ahora que, al concederles ese valor inspirador, sin atender la ruptura operada en aquella reflexión paleoliberal por parte del Estado social y democrático, nos podemos condenar a reactivar sus funciones despóticas. No es que no interese desentrañar las continuidades del pensamiento antiparlamentario allí donde efectivamente se encuentren, y son manifiestos tanto sus residuos doctrinales e institucionales como su preconización partidista. Lo que ocurre es que si han de interesar es, a mi juicio, justo para exorcizarlas; si han de localizarse es con el fin de resignificarlas, removerlas o extirparlas como reluctancias autoritarias incompatibles con un sistema democrático (78).

No es capricho personal, sino tono investigador de condición acaso generacional. Y no está movido desde luego por ningún afán de « corrección política ». Antes bien, manifestación visible de esta corrección, en su vertiente académica, es la veneración reverencial presentada ante ciertos juristas pasados, la propensión a concederles de forma acrítica una posición de magisterio de validez incluso actual; mucho más incorrecto resulta someter su aportación a la crítica histórica, introducir una cesura insalvable entre sus planteamientos y los coherentes con la actualidad, y, en vez de salvarlos retrospectivamente de su propia irresponsabilidad intelectual, sacarla con rigor técnico a la luz. Porque de lo que « no cabe duda es de que todo autor », muy en especial el iuspublicista, « tiene una gran responsabilidad »; de ahí que haya de « rendir cuentas por cada palabra ociosa salida de [su] boca », aunque se trate de una « responsabilidad ideológica » o moral incongruente con « la forma y curso de un proceso penal » (79).

---

(78) Véanse las variaciones sobre « la viabilidad contemporánea de la categoría de la *Daseinvorsorge* » de Joaquim GOMES CANOTILHO, *Ernst Forsthoff y la distopía del Estado*, en E. FORSTHOFF, *Estado de derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*, Madrid, Tecnos, 2015, p. XI y ss.

(79) SCHMITT, *Respuestas en Núremberg*, cit., p. 101.

FILIPPO MURINO

« FILOLOGIA MERCANTILE »  
E STORIA DEL DIRITTO COMMERCIALE

(A proposito di Lorenzo Tomasin, *Europa Romanza. Sette storie linguistiche*, Torino, 2021)

1. Una declinazione di *Law and Literature*: la « filologia mercantile ». — 2. Internazionalità del diritto commerciale e multilinguismo dei mercanti medievali. La cultura del mercante medievale italiano. — 3. Storie linguistiche e storie di diritto commerciale. — 4. *Law French* e presenza dei mercanti italiani in Inghilterra. — 5. Spunti per *Law on Music* e importanza delle storie « altre ».

1. *Una declinazione di Law and Literature: la « filologia mercantile ».*

In un *vient de paraître* pubblicato per i tipi di Einaudi Lorenzo Tomasin — professore ordinario di Filologia romanza nell'Università di Losanna e studioso che già ha iniziato i lettori alla « storia linguistica del diritto »<sup>(1)</sup> — offre un'opera di interesse non solo per lo storico del diritto « professionista », ma anche per il giuscommerzialista curioso di storia del diritto commerciale<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> *Il volgare e la legge. Storia linguistica del diritto veneziano (secoli XIII-XVIII)*, Padova, Esedra, 2001 ove (pp. 56 e 177 e ss.) convergenze con gli studi di Piero FIORELLI (e con particolare riferimento al saggio *La lingua del diritto e dell'amministrazione*, già pubblicato in *Storia della lingua italiana*, a cura di L. Serianni e P. Trifone, vol. II, *Scritto e parlato*, Torino, Einaudi, 1994, p. 553 e ss. e ora in *Intorno alle parole del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1 e ss.), ivi riconosciuto come « il maggiore storico del linguaggio giuridico italiano » (p. 177); in una prospettiva storico-giuridica e anche di analisi della nomenclatura degli statuti, con particolare riferimento al diritto della navigazione, v. G. CASSANDRO, *La formazione del diritto marittimo veneziano*, in Id., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli, ESI, 1978, p. 319 e ss.

<sup>(2)</sup> Rimarca P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 212 e ss., « la congiunta attenzione verso la storia degli istituti quale sicuro terreno di verifica di ciò che è effimero e ciò che è duraturo, e verso la prassi economica quotidiana quale terreno fertile di nascite e mutazioni continue. La storicità del diritto, se è una dimensione poco avvertita dal civilista di stampo pandettistico, tutto immerso nella

L'indagine condotta potrebbe rivelarsi una peculiare declinazione in chiave filologica del movimento di *Law and Literature* ove, interagendo la filologia romanza con la storia del diritto, oggetto di osservazione non sono opere narrative venate di realismo letterario e saggi di critica letteraria su tali opere ma testi non narrativi (definiti dall'Autore «testi di consumo, cioè non destinati alla divulgazione, o meglio — usando una categoria ormai consueta — alla ripetizione»: IX) <sup>(3)</sup> provenienti dagli archivi e in cui vengono attestate prassi commerciali (e non solo); in tal modo verrebbe superata una certa pigrizia del cultore di *Law and Literature* il quale, piuttosto che consultare fonti archivistiche dirette (nel volume in discorso, in particolare i *Commemoriali della Repubblica di Venezia* e l'archivio Datini di Prato <sup>(4)</sup>), si limitasse a ricostruire la storia del diritto dilettandosi nella lettura di romanzi, racconti o novelle e trovandovi un riscontro in fonti e prassi non di prima mano; in questo disattendendo il metodo di Cesare Vivante che (addirittura per il giurista positivo) nella nota pagina prefatoria additava come strada maestra quella di «studiare la pratica mercantile dominata com'è da grandi leggi economiche, facendo dello studio del diritto una scienza di osservazione» e ricordando come, prima di scrivere delle società in nome collettivo, avesse personalmente consultato «nelle cancellerie dei tribunali, a Bologna, a Firenze, a Roma, a Venezia, centinaia di quei contratti» <sup>(5)</sup>; da questo punto di vista il metodo di

---

costruzione di una scienza pura, è invece avvertitissima dal commercialista»; «gli è che il diritto non è dispiegamento di principi astratti, ma è storia» secondo T. ASCARELLI, *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, in ID., *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, II, p. 805.

<sup>(3)</sup> Osserva l'Autore come «temi e fatti affrontati nelle missive consentono in effetti, come spesso capita ai testi di carattere pratico, di avvicinare una bottega di speziale del tardo Medioevo affollata di oggetti, e quindi di parole, che raramente è dato osservare nei testi letterari o anche in quelli documentari dotati di maggiore formalità e solennità» (p. 119).

<sup>(4)</sup> Per una descrizione dell'archivio e della sua importanza per la storia economica italiana, v. p. 88. Sull'archivio v. F. MELIS, *Aspetti della vita economica medievale (Studi nell'archivio Datini di Prato)*, I, Firenze, Olschki, 1962; I. ORIGO, *The Merchant of Prato Francesco di Marco Datini*, London, Jonathan Cape, 1957; sugli scambi epistolari v. F. MELIS, *Intensità e regolarità dell'informazione economica generale nel Mediterraneo e in Occidente alla fine del Medioevo*, in *Mélanges en l'honneur de Fernand Braudel*, I, *Histoire économique du monde méditerranéen 1450-1650*, Toulouse, Privat, 1973, p. 389 e ss.

<sup>(5)</sup> *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Vallardi, 1934-1935, Prefazione alla prima edizione, p. VII (nella prefazione alla 5ª edizione Vivante elenca quarantasei temi che andrebbero indagati guardando alla natura delle cose). Da condividere sono allora le parole dell'Autore quando parla di quei «lavori che evidentemente quasi nessun

indagine adottato nel volume in discorso sembrerebbe fare da *pendant* al paradigma giuscommercialistico (di origine giusnaturalista) della « natura delle cose » piuttosto che a quello normativista <sup>(6)</sup>.

---

laureando, e un numero sempre più ridotto di storici e filologi, ha più voglia di fare: cioè leggere uno per uno, interpretare e ricostruire i dati del passato, accedendovi con le necessarie fatiche e lentezza, e restituendoli con una vivacità e un'efficacia che oggi si tende ad attribuire solo alle immagini (meglio se in movimento), e non più alle parole stampate in un libro » (p. 9); sembrano qui riecheggiare le parole di Vivante il quale lamentava come « in generale si rifugge da queste inchieste, perché riesce più seducente il giro dei lunghi ragionamenti che il raccogliere i fatti sistematicamente per farli parlare [...] Nelle indagini minute, penetranti nell'attività giuridica passata e presente, sta il segreto per la formazione di una scuola nazionale del diritto mercantile, ma per formarlo occorre una legione di lavoratori pazienti e modesti, intenti a scoprire la voce del diritto che viene su dalle cose » (p. VII; nella successiva prefazione Vivante precisava: « agli studenti e agli studiosi — le due parole non sono sempre sinonime — che spesso mi chiedono consigli e temi per le loro dissertazioni, io non posso dare per guida che il metodo da me seguito. Non si avventurino mai in alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell'istituto che è l'oggetto dei loro studi. Raccolgano nelle borse, nelle banche, nelle agenzie, nelle società commerciali, nelle cancellerie giudiziarie il materiale necessario per intendere quella struttura e quelle funzioni. È una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo nella sua realtà. Se il diritto ha per iscopo di regolare gli effetti di un istituto, è evidente che lo studio pratico della sua natura deve precedere quello del diritto »: p. X).

<sup>(6)</sup> Sulla natura delle cose v., per tutti, le approfondite e analitiche ricostruzioni di N. BOBBIO, *La natura delle cose e La natura delle cose nella dottrina italiana*, entrambi in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 1988, rispettivamente, p. 197 e ss. e p. 227 e ss.; N. MORRA, *Natura delle cose*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, UTET, 1965, p. 35 e ss.; E. GLIOZZI, *L'imprenditore commerciale. Saggio sui limiti del formalismo giuridico*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 13 e ss.; L. PELLICCIOLI, *La « natura delle cose » nel diritto commerciale*, in « Rivista critica del diritto privato », 2013, p. 601 e ss. Il tema è stato ripreso, di recente, anche da M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », I (2008), p. 605; Id., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in « Rivista delle società », 2013, p. 3 e ss. inquadrandolo nella nota disputa della natura delle cose come fonte del diritto. Da ultimo v. le considerazioni di R. COSTI, in R. COSTI, L. ENRIQUES, F. VELLA, *Diritto commerciale. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 27 e ss. Il formarsi anche del lessico giuscommercialistico per effetto dell'uso dal « basso » e la circostanza che la fonte consuetudinaria mercantile fosse vagliata dalla giurisprudenza consolare formata dalla stessa classe mercantile sembrerebbe contrastare per certi versi con la stessa idea che *Caesar dominus et supra grammaticam* (C. SCHMITT, *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 2007, p.

L'angolo visuale della variegata documentazione esaminata nelle sette storie linguistiche, nella celebre prospettiva contraria all'*histoire événementielle*, dà uno spaccato della prassi degli affari mercantili espressi in una « *koiné* commerciale italo-provenzal-catalana » (p. 93) e in un contesto di « plurilinguismo individuale » (p. 110), svolgendosi in un arco temporale che si snoda dagli inizi del XIV fino a tutto il XVI secolo e nell'ambito spaziale del « quadrante geolinguistico che è stato indicato come Romània mediterranea » (p. 30) (7); spaccato utile non solo allo storico della lingua e della letteratura (a cui lo studio è in prima

---

291): sull'eliminazione, invece, da parte del legislatore della parola « fallimento » (e suoi derivati) v. art. 2, co. 1, lett. a), l. 19 ottobre 2017, n. 155 e art. 382 c.c.i.i. Ci si potrebbe interrogare al riguardo se l'intervento di *Caesar* sia semplicemente frutto di istanze legate al *politically correct* (F. CORSI, *Lo chiameremo diversamente imprenditore?*, nota a Trib. Vicenza, 13 giugno 2014, in « Giurisprudenza commerciale », 2015, II, p. 214 e ss.) ovvero se vi sia il superamento di una concezione che, da un angolo visuale foucaultiano, vedrebbe il superamento dell'esercizio di un potere, da parte dello Stato — come per gli infermi di mente — sui « corpi » dei falliti (e anche degli altri soggetti colpiti da « infamia ») mediante una emarginazione attuata non attraverso le strutture segreganti (ad es. manicomi) ma attraverso il linguaggio e lo stigma sociale. Il legislatore non ha, invece, inciso sul lemma « curatore » così non scalfendo — in una prospettiva di *Law and Literature* — la « piccola epopea » (N. PASQUALICCHIO, *Avventori e avventurieri*, in *Tutto un complesso di cose. Il libro di Paolo Conte*, a cura di E. de Angelis, Firenze, Giunti, 2011, p. 153 e ss.) del *Mocambo* di Paolo Conte con la tetralogia di canzoni (*Sono qui con te sempre più solo*; *La ricostruzione del Mocambo*; *Gli impermeabili*; *La nostalgia del Mocambo*) « dedicata a una categoria, anzi, meglio, a una razza di uomini nati per l'avventura i quali, proprio automaticamente, sono descritti e qualificati da due fatti, tutti e due importanti: il primo è quello di essere proprietario o anche solo gestore di un bar che si chiama Mocambo; il secondo, altrettanto importante, è quello di aver sposato una donna che ha studiato. Cosicché nelle loro storie capita sempre, ineluttabile, un terzo personaggio che in genere è umanissimo, che è il curatore del fallimento (naturalmente è di lui) » (secondo le parole dell'Autore introduttive di *Sono qui con te sempre più solo* al *recital* tenuto alla televisione svizzera nel 1982 in <https://youtu.be/2IG4ehKhpsY>).

(7) Segnatamente, « nel suo versante occidentale, esso include il lungo *continuum* linguistico che dalle coste meridionali della penisola iberica prosegue lungo quelle appunto mediterranee della Linguadoca e della Provenza, quindi della Liguria, della Toscana e dell'Italia centro-meridionale, fino a comprendere la Sicilia, la Sardegna, la Corsica, isole storicamente legate — specie la seconda e la terza [...] — ai territori di lingua catalana. La Romània mediterranea, di cui la penisola italiana e la Sicilia sono dunque il centro, ha naturalmente un altro versante: quello orientale che appunto dall'Italia scende verso le coste della penisola balcanica pretendendosi verso le aree, originariamente non romanze, della Grecia e del Mediterraneo orientale » (pp. 30-31). Sui profili storici della comparazione giuridica, v. invece GROSSI, *L'Europa*, cit., pp. 198-199; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 56 e ss. Dal punto di vista della geografia giuridica, v. C.

battuta destinato), ma anche allo storico del diritto, dell'economia e, più in generale, allo studioso delle « altre » storie.

Tali convergenze fra « storie » consentono alle medesime di dialogare con guadagni, per quanto qui interessa, anche per il lessico giuridico contemporaneo (l'Autore propone di recuperare il lemma commerciale di impronta francese e caduto in disuso « difalta » « nell'italiano d'oggi in luogo del trionfante *default* »: p. 110 <sup>(8)</sup>).

Le reminiscenze scolastiche ci indicano quale sia stata l'importanza dei notai/poeti <sup>(9)</sup> nella nascita della lingua italiana « colta » e dei placiti campani; fermo il centrale ruolo notarile anche nello sviluppo del diritto commerciale medievale <sup>(10)</sup>, meno utili ci sono quelle reminiscenze invece per l'importanza che hanno avuto nella nascita delle

PONCIBÒ, *Diritto comparato e geografia: una prima esplorazione*, in « Rivista critica del diritto privato », 2014, p. 187 e ss.; sui « problemi di lingua » nella comparazione giuridica, v. R. SACCO, in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, UTET, 2006, p. 9 e ss.; sul detto di F.W. Maitland « *history involves comparison* » e sul suo inverso, v. G. GORLA, « *Comparison involves history* », in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 41 e ss.

<sup>(8)</sup> Registra l'uso del verbo « difallire » nella lingua italiana con alcune risalenti occorrenze S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, Torino, UTET, IV, 1966, *ad vocem*.

<sup>(9)</sup> E non solo attraverso la poesia, ovviamente: sono le « carte notarili, che — testimoniazione esse stessa della formazione della nostra lingua — erano pensate in volgare, pur quando erano scritte in latino »: U. NICOLINI, *Per una storia del notariato italiano*, in ID., *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano, Vita e Pensiero, 1983, p. 78. Sui notai poliglotti delle Fiandre, v. *infra*.

<sup>(10)</sup> Si riferisce a « quella che è stata la più grande, la più feconda opera dei notai: la creazione, attraverso abili adattamenti e sapienti innovazioni, di forme nuove di pattuizione, di garanzia, di assicurazione, la creazione cioè di nuovi istituti. Nel che consiste l'apporto più vero del notariato allo sviluppo della civiltà giuridica » NICOLINI, *Per una storia del notariato italiano*, cit., p. 76; l'Autore rimarca la centralità se non addirittura l'esclusività (« da questi documenti, e soltanto da questi ») dei documenti notarili quali fonti di emersione di « una viva rappresentazione, quasi visiva, della vera esperienza giuridica del passato, nella quale ebbe tanta parte la consuetudine, fonte spontanea, naturale del diritto. Da essi emergerà una viva rappresentazione anche della vita civile in molti suoi aspetti di enorme importanza: [...] dai mutui alle usure, alle monete; dalle 'fraterne compagnie' alle altre associazioni di lavoro e a quelle di capitale; dalle 'societates maris' alle assicurazioni » (p. 78). Il notaio così « si fa maestro di affinati concetti romanistici e di nuove clausole e cautele, che, anzi crea clausole e cautele secondo le concrete esigenze economiche e sociali »; ecco allora la « fervida creatività dell'opera dei notai, pronti a plasmare strumenti nuovi, adatti alle esigenze nuove di una nuova economia, di una nuova società »: U. NICOLINI, *Per una raccolta di fonti storiche sul notariato italiano*, in *Scritti*, cit., rispettivamente, pp. 80 e 82. Del resto, è stato chiarito che « chiunque avesse rapporti di affari con i terzi ricorreva al notaio per qualsiasi

lingue romanze non « alte », i documenti redatti nel *milieu* dei *mercatores* su cui, tra l'altro, si concentra il saggio in discorso nella prospettiva di quella che è stata felicemente battezzata « filologia mercantile »<sup>(11)</sup>. I documenti esaminati nel volume recensito sono « annotazioni, lettere, resoconti, testamenti » (p. IX)<sup>(12)</sup>. L'Autore pare far propria l'osservazione di Armando Saporì secondo cui « le due fonti 'libri di commercio' e 'carteggi' possono venire utilizzate da cultori di più discipline »<sup>(13)</sup>. Emerge in particolare dalla ricerca come « l'italiano, in varie declinazioni regionali, è soprattutto lingua dei commerci e della comunicazione

---

transazione, dalla compravendita di immobili alla cessione in pegno di un vestito usato, alla assunzione di un discepolo, all'incarico affidato a un artista di affrescare una sala o di dipingere una pala di altare »: A. SAPORÌ, *Il mercante italiano nel Medioevo. Quattro conferenze tenute all'École Pratique des Hautes-Études*, Milano, Jaka Book, 1983, 27.

Sui rapporti tra *mercatores* e giuristi, v. J. FRIED, *Il mercante e la scienza. Sul rapporto tra sapere ed economia nel Medioevo*, Milano, Vita e Pensiero, 1996, pp. 27-28: « l'attività mercantile, piena di rischi e sempre esposta a minacce di crisi, dà luogo a una quantità straripante di processi. Il diritto in materia di contratti, di compagnie, di assicurazioni, di responsabilità e marchi, nonché il diritto marittimo dischiudono fin dagli inizi al giurista un campo di lavoro che dovrà coltivare per secoli. Il grande mercante è ormai inconcepibile senza il giurista. Intenzionati a concludere un trattato commerciale con il sultano Barbay (1422), i fiorentini inviano al Cairo come loro rappresentanti un mercante, Felice Brancacci, e un uomo di legge, messer Carlo Federighi »; ed ancora: « i giuristi dei secoli XII e XIII ricavano denaro in quantità non solo dall'insegnamento universitario e dalle loro costosissime perizie legali, ma anche dagli affari che concludono concedendo prestiti, un autentico secondo lavoro; tremano tuttavia all'idea del giudizio finale, nel timore di vedersi rinfacciare in quel giorno le norme che essi stessi formulano e insegnano nelle università » (p. 56).

<sup>(11)</sup> A. STUSSI, *Filologia mercantile*, in *Studi di filologia e letteratura italiana in onore di Gianvito Resta*, a cura di V. Masiello, Roma, Salerno Editrice, 2000, p. 269 e ss.; come ricorda P. FIORELLI, *La lingua giuridica dal De Luca al Buonaparte*, in *Intorno alle parole del diritto*, cit., p. 330, la lingua volgare fu « presente fin dalle origini in libri di conti e documenti mercantili in genere ».

<sup>(12)</sup> Sulle « lettere mercantesche » quali fonti della storia economica medievale e « quasi sempre, con quanta differenza da oggi!, un testo di lingua, e sostituisce in qualche modo il giornale odierno » e sull'organizzazione postale, A. SAPORÌ, *Saggio sulle fonti della storia economica medievale*, in Id., *Studi di storia economica (secoli XIII-XIV-XV)*, I, Firenze, Sansoni, 1982, pp. 16 e 50 e ss. Riferisce come le prime raccolte di modelli epistolari del XII secolo già includano lettere commerciali FRIED, *Il mercante*, cit., p. 25 ricordando le 5.513 lettere commerciali relative alle fiere di Ypres (seconda metà del XIII secolo) e le 125.000 lettere e 575 libri contabili dell'archivio Datini.

<sup>(13)</sup> SAPORÌ, *Saggio*, cit., p. 17. Sulle caratteristiche della grafia « mercantesca priva di elementi superflui e tuttavia non disadorna, forte nel tratto e pure non scevra di duttilità, chiara nella composizione della pagina che rivela a colpo il carattere dello scrittore, energia, equilibrio, buon gusto », SAPORÌ, *Il mercante italiano*, cit., p. 31.

interculturale diffusissima nei territori africani e asiatici dello stesso Impero ottomano » (p. 81); viceversa « lo spagnolo — o meglio il giudeo-spagnolo — diviene a partire dal Cinquecento, e più ancora nel secolo seguente, lingua di comunicazione privilegiata nella rete dei rapporti religiosi, culturali e commerciali » (pp. 81-82).

2. *Internazionalità del diritto commerciale e multilinguismo dei mercanti medievali. La cultura del mercante medievale italiano.*

Dalla lettura del saggio una prima impressione, per certi versi scontata, è quella di come i fenomeni linguistico e giuridico abbiano degli elementi comuni che sembrano quasi imparentarli<sup>(14)</sup>. L'illustrazione di come i vari volgari si siano diffusi geograficamente e contaminati reciprocamente riporta alla mente la internazionalità del diritto commerciale che, a ben vedere, potrebbe rappresentare la premessa implicita su cui il saggio in discorso è costruito: il diritto commerciale, insomma, « aveva valenza oltre i confini dei singoli Paesi e [...] permarrà anche dopo la formazione degli Stati Nazionali. Si trattava del resto di una necessaria conseguenza del fatto che gli scambi, gli affari, venivano conclusi anche tra mercanti di Paesi diversi [...] Questi scambi non sarebbero però stati agevolati se le parti del contratto avessero dovuto applicare la regolamentazione giuridica vigente nei loro paesi di origine; ne sarebbero infatti derivati conflitti di competenza e contrasti in tema di interpretazione delle norme. Di qui la necessità di adottare regole comuni e che fossero le più rispondenti alle esigenze dei mercanti,

---

(14) Sul tema, v. P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 2014, I, p. 1 e ss. Fra i giuscommercialisti positivi l'attenzione al dato linguistico non è frequente con le importanti eccezioni di F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, il Mulino, 2010; G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Tratt. di diritto commerciale* fondato da V. Buonocore e continuato da R. Costi, Torino, Giappichelli, 2015, p. 3 e ss. (in particolare, sui profili storico-giuridici e linguistici dell'« esercizio » dell'impresa, v. ID., *Gli atti di impresa*, in « Rivista di diritto civile », 1994, pp. 109 e ss. e 129 e *La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo*, ivi, 1987, p. 212); P. SPADA, *Diritto commerciale, I, Parte generale. Storia, Lessico e Istituti*, Padova, CEDAM, 2009, *Prefazione*, p. IX e ss., spec. X-XI; F. D'ALESSANDRO, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1967, I, p. 33; ID., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, Giuffrè, 1969, p. 265 e ss.; V. PANUCCIO, *Linguaggio giuridico, linguaggio comune e linguaggi tecnici*, in *Studi catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, ESI, 1987, p. 341 e ss.; da ultimo G. TERRANOVA, *Il diritto e il suo linguaggio. Metodi, teorie, parole del diritto commerciale*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2020.

risultato che veniva realizzato mediante la ricezione oltre i confini di origine di quegli usi che si erano venuti formando nei Comuni italiani »<sup>(15)</sup> (significativo è quanto scrive l'Autore a proposito di « polizze di carico veneziane allestite a Bruges nel 1459, delle quali si sono conservate puntuali traduzioni in fiammingo »: p. 217<sup>(16)</sup>).

Se, dalla lettura del saggio, pare potersi affermare lo stesso per le lingue volgari in riferimento alla prevalenza e imposizione di certi lemmi in luogo di altri, viceversa non si ebbe l'uniformità nello spazio, anche linguistica, avutasi per il diritto; tale uniformità linguistica si è, invece, realizzata oggi con riferimento alla lingua inglese del commercio internazionale con l'avvento della c.d. nuova *lex mercatoria*<sup>(17)</sup>. L'Autore rimarca al riguardo come a un certo punto proprio negli ambienti

---

(15) L. BUTTARO, *Le origini del diritto commerciale*, in L. BUTTARO, M. CASTELLANO, F. VESSIA, *Corso di diritto commerciale*, I, *Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 5-6; sulla fervida inventiva dei mercatores medievali, v. GROSSI, *L'Europa*, cit., pp. 63-64; per l'attestazione della presenza, in ambiente fiorentino, ad esempio, di una forma prototipica di *leasing* anche per i beni mobili posto in essere da Giotto, v. C.M. CIPOLLA, *Piccole cronache*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 59 e ss. per il quale questo documento rafforzerebbe il sospetto che il pittore praticasse l'usura.

(16) Sulla storia della polizza di carico v., per riferimenti, A. PAVONE LA ROSA, *Polizza di carico*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 201 e ss. ove, richiamandosi l'opinione del Casaregis, viene precisato come « il termine 'polizza' è usato nel senso di documento probatorio dell'accordo intervenuto tra le parti »; C. VIVANTE, *La polizza di carico*, Milano, Hoepli, 1881; G. BERLINGIERI, *Origine della polizza di carico: evoluzione storica dei rapporti che la creano*, in « Il diritto marittimo », 1914, p. 401 e ss.; A. BRUNETTI, *Le polizze di carico nette e le lettere di garanzia*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. I, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1931, p. 173 e ss.; B. SCORZA, *La polizza di carico*, vol. I e II, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1936; G. BONOLIS, *Il diritto marittimo medioevale dell'Adriatico*, Pisa, Mariotti, 1921, pp. 372-375; R. ZENO, *Storia del diritto marittimo italiano nel Mediterraneo*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 301-303; E. BENZA, *I più antichi esemplari della polizza di carico*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1925, I, p. 325 e ss.

(17) In tema, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2001; M. RESCIGNO, *Lex mercatoria*, in *Treccani.it — XXI secolo* (2009); nonché, più di recente, C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, in « Giurisprudenza commerciale », 2010, I, p. 361 e ss. Individua nella *lex mercatoria* e negli studi di Galgano una vera e propria « linea di pensiero, che attraversa la dottrina giuscommercialistica dell'ultimo quarto di secolo », LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 37 e ss. Su due recenti studi che, riprendendo la distinzione di Malynes (G. MALYNES, *Consuetudo vel Lex Mercatoria or the Ancient Law-Merchant*, London, Adam Islip, 1622) hanno suggerito cautela nell'uso come sinonimi delle locuzioni *lex mercatoria* e *ius mercatorum*, v. M. FORTUNATI, *Il diritto di fiera tra lex mercatoria e ius mercatorum*, in *Tra diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer*, a cura di G. Costa, promossi dalle

mercantili (come, invero, già da altri messo in evidenza <sup>(18)</sup>) iniziò il declino del latino: « dopo la stagione quattrocentesca che abbiamo qui evocato, i mercanti europei proseguono ancora a lungo la loro tendenza a un vivace multilinguismo — e spesso quindi anche al plurilinguismo individuale —, mostrandosi nel complesso alieni dall'esigenza di omogeneizzare a tutti i costi le lingue della comunicazione. La spinta verso l'uniformazione linguistica globale a cui si assiste oggi in tanti ambiti del commercio potrebbe far supporre che giusto le esigenze economiche siano il motore diretto e quasi necessario di uno *standard* degli usi linguistici internazionali. In realtà, la vita economica europea par suggerire per molti secoli che una innegabile vitalità mercantile può accompagnarsi non a una progressiva riduzione, ma a un proliferare rigoglioso della diversità linguistica. È quanto si osserva, oltre il limitare del Medioevo e lungo la prima età moderna, nei luoghi tipici del contatto fra le lingue romanze » (p. 118); ancora, chiarisce l'Autore, vi è una « tendenza alla varietà » nel senso che « i mercanti della fine del Medioevo paiono preoccuparsi piuttosto dell'avvicinamento alla lingua dei loro interlocutori che alla ricerca di un unico terreno linguistico condiviso e al tempo stesso estraneo » (p. 119).

La presenza del latino nel lessico dei mercanti e i testi analizzati

---

Università di Siena e di Sassari, I, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, p. 1159 e ss.; R. FERRANTE, *Codificazione e lex mercatoria: il diritto marittimo del secondo libro del Code de commerce (1808)*, ivi, p. 1095 e ss. (per un cenno a tale distinzione v. pure ANGELICI, *La lex mercatoria*, cit., p. 363); tanto al fine di segnare « la distanza da quella 'mitica', o 'romanzata', *lex mercatoria*, che dovrebbe dare base storica al moderno diritto commerciale internazionale »: FERRANTE, *Codificazione*, cit., pp. 1097-1098; FORTUNATI, *Il diritto*, cit., p. 1159, in riferimento all'opera di J. MARQUARD, *Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari*, Francfort, Thomae Matthiae Gotzii, 1662 il quale, modificando notevolmente la prospettiva della precedente scienza commercialistica, « costruisce intorno al concetto di *ius singulare mercatorum* un sistema che incardina la specialità degli usi e della giustizia mercantile nella sfera — tutta giuridica — dei privilegi legali » (così, citando F. MIGLIORINO, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 37).

<sup>(18)</sup> FIORELLI, *La lingua del diritto*, cit., p. 18 il quale attribuisce al volgare « quella capacità di descrivere istituti e costumi della vita mercantile che già da tempo si vedeva esercitata in lettere e ricordi e libri di conti »; il declino nell'uso del latino si giustifica « davanti alle difficoltà d'esprimere latinamente negli inventari i nomi degli oggetti d'uso quotidiano, nei libri di conti il frasario delle operazioni mercantili, negli statuti delle arti o delle confraternite il regolamento dei rapporti tra i consociati » (P. FIORELLI, *L'italiano giuridico dal latinismo al tecnicismo*, in Id., *Intorno alle parole del diritto*, cit., p. 73). Sulle « belle e sostanziali parole mercantili » con cui l'arte fiorentina di Calimala incaricò una commissione di tre mercanti di volgarizzare lo statuto, v. Id., *La lingua del diritto*, cit., p. 20, nota 102.

nel saggio confermano innanzitutto la tesi già sostenuta da Sapori in ordine alla cultura del mercante medievale italiano in antitesi alla nota idea di Sombart secondo cui il medesimo sarebbe stato « non solo incolto, ma generalmente illetterato »<sup>(19)</sup>; quanto alle conoscenze linguistiche<sup>(20)</sup>, l'apprendimento delle lingue avveniva anche nel fondaco: « il fondaco era anche un centro di informazioni: vi giungevano lettere da ogni parte del mondo, nelle quali con le notizie relative agli affari si mescolavano notizie politiche e di ogni altro genere »<sup>(21)</sup>. Quanto al latino viene ricordato come « di solito chi si avviava al commercio

---

(19) Così A. SAPORI, *La cultura del mercante medievale italiano*, in *Studi*, cit., p. 53 e ss. In tema, sempre sulla cultura e sugli ideali del mercante medievale, oltre a SAPORI, *Il mercante italiano*, cit., p. 26 e ss., fra gli storici del diritto v. G. CASSANDRO, *La società mercantile italiana nel Medioevo*, in *Saggi di storia*, cit., p. 18 e ss.

(20) Sulla diffusione e l'apprendimento della lingua italiana in Inghilterra verso la fine del XIII secolo e nelle Fiandre durante il XVI secolo, il libro qui recensito si sofferma rispettivamente alle pp. 144 e 217; viene comunque ricordato come « i mercanti italiani in Europa continuavano, ancora nel XVI secolo, a organizzarsi in comunità piuttosto coese e stabilmente legate alle case-madre commerciali e finanziarie presenti nella penisola, prediligendo la propria lingua nella documentazione, anche — se possibile — nei rapporti con i locali, e puntando all'intercomprensione soprattutto con i partner iberici » (p. 215). Sulla presenza dei mercanti italiani in Inghilterra v. A. SAPORI, *Le compagnie italiane in Inghilterra (sec. XIII-XIV)*, in *Studi*, cit., p. 1039 e ss. In ogni caso, chiarisce il libro recensito, nel XVI secolo « se nelle Fiandre regnava [...] un complessivo equilibrio tra le diverse lingue della mercatura » (con notai poliglotti che ad Anversa erano « capaci di rogare in latino, tedesco, fiammingo, francese, italiano, inglese e portoghese »), « altrove quelle locali conquistavano sempre maggiore spazio, prefigurando situazioni tipiche dei secoli a venire »: p. 218.

(21) CASSANDRO, *La società*, cit., p. 19. Sulla formazione dei mercanti v. FRIED, *Il mercante*, cit., p. 19 e ss. il quale ricorda che se in una prima fase gli aspetti pratici dell'istruzione prevalsero su quelli teorici, con il passare del tempo, invece, « scritturazione, aritmetizzazione e razionalizzazione caratterizzeranno in modo sempre più spiccato, a partire dal XII secolo, l'attività del mercante, e in questi campi egli non si limita assolutamente a comportarsi da puro, inerte consumatore » tanto da riferire che nel XIII secolo « un ignoto mercante fiorentino ammonisce che la mercatura va esercitata non 'per oppenione' bensì 'per ragione' » (p. 20; sulla formazione aritmetica v. in particolare p. 30 e ss. e sulla geometria pratica, v. p. 41). Per il ruolo del mercante medievale nello sviluppo scientifico, v. sempre FRIED, *Il mercante*, cit., pp. 13-14 per il quale la « dilatazione della scienza è del tutto ignota all'antichità, è un fenomeno prettamente medievale, e se ne può individuare nel mercante [...] un protagonista non meno remoto del teologo, del giurista o del medico. Giacché il mercante appunto, l'uomo d'affari, fa della scienza [...] uso e consumo, la commercializza, mette in circolazione nuovo sapere, coordina e promuove conoscenze, contribuisce talora in modo decisivo all'uscita dagli antri del pensiero prescientifico » (e si vedano in particolare i due esempi riportati dell'uso dell'abaco e della bussola con « un graduale passaggio dall'impiego pratico al

frequentava le scuole ‘minores’ dove gli si insegnava la grammatica e l’abaco. La sua vera istruzione professionale si compiva, dopo questo insegnamento in certo modo primario, nel fondaco [...]. Nel fondaco egli imparava a tenere la corrispondenza in latino e ormai sempre più frequentemente in volgare, a maneggiare l’abaco, a registrare i conti nei libri aziendali » (22). Rispetto alla formazione letteraria l’Autore, riferendosi al XV secolo, ricorda come « nel suo *Libro dell’arte della mercatura*, Cotrugli giudica il latino essenziale nella formazione dell’uomo d’affari. Per lui, il mercante perfetto non deve essere soltanto ‘bon scriptore, abechista, quadernista’, ma anche *literato* (cioè appunto conoscitore del latino), giacché proprio questa conoscenza rende comprensibili i contratti (‘e lo mercante ogni dì fa li contratti’), agevola la comunicazione con gli stranieri (‘però che è idioma comune con molte nationi, et diverse genti, come Ungari, Todeschi, Francesi et multi altri’ [...]) » (p. 15) (23) (per la formazione pratica viene richiamato « il più celebre manuale commerciale del Medioevo italiano, la *Pratica della mercatura* (24) di Francesco Balducci Pegolotti, mercante fiorentino

---

trattato scientifico »: p. 14 e ss.); « la mercatura diventa così arte della ragione pragmatica » (p. 21; per analoghe considerazioni circa lo sviluppo della *lex mercatoria*, v. P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 195 per il quale « furono i bisogni economici e le savie intuizioni di ragionevolezza pratica emersi nelle piazze mercantili di tutta Europa a provocarla e consolidarla »). Allo stesso FRIED, *Il mercante*, cit., infine si rinvia per l’analisi della presenza di persone colte ed istruite nelle grandi case commerciali (p. 33), di dotti medievali nelle fiere (p. 60) e per il mercato librario e le fiere del libro (p. 59 e ss.).

(22) CASSANDRO, *La società*, cit., p. 19. Una situazione non dissimile si ebbe in Germania: « per Corrado di Megenberg, ad esempio, non diversamente che per i fiorentini del 1400, a sette anni i fanciulli devono iniziare gli studi, a undici o dodici imparare l’aritmetica in apposite scuole, intorno ai quattordici fare tirocinio presso una casa commerciale; poi cominceranno a ‘prendere il volo’, come scrive Corrado, per familiarizzarsi con le lingue, le usanze, le consuetudini commerciali straniere, e per rendersi conto degli elementi distintivi dell’offerta merceologica di ciascuna nazione » (FRIED, *Il mercante*, cit., pp. 21-22).

(23) In origine i mercanti si rivolsero ai monaci giovandosi delle loro cognizioni: « non per nulla in tutte le lingue europee la parola ‘chierico’ finì per significare anche ‘commesso’, ‘incaricato di affari’, come quella di ‘diacono’ subì, in virtù di un fenomeno identico, pari evoluzione nelle lingue slave »: SAPORI, *Il mercante italiano*, cit., 26.

(24) Sulla letteratura giuscommercialistica e i suoi autori a partire dal Trecento e fino al Settecento, v. invece F. MIGLIORINO, *Diritto mercantile*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Enciclopedia italiana — Treccani, 2012, p. 130 e ss.; F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 167 e ss. Sull’importanza nell’attività dei mercanti anche di trattati sull’abaco e l’algorismo; di portolani e atlanti; di dizionari (tra cui il più antico dizionario tedesco-italiano del 1424

attivo nella prima metà del Trecento»: p. 141). L'Autore ricorda come il mercante-trattatista Benedetto Cotrugli scrivesse nel contesto della Dalmazia tardomedievale in cui il latino era « assai resistente nella documentazione pubblica, tanto da dominare gli usi cancellereschi ancora nel XVI secolo » (p. 16 e pp. 218-219 ove un'analisi dei rapporti linguistici fra Venezia e la Dalmazia <sup>(25)</sup>); lo stesso Autore evidenzia come la posizione di Cotrugli sul latino non fosse « comunque del tutto in linea con il reale assetto della dotazione culturale e delle preferenze linguistiche di molti mercanti suoi contemporanei » (*ibidem*). In ogni caso l'Autore osserva come l'istruzione di base nella Venezia medievale fosse « più aperta al latino di quanto non si sia a lungo creduto. Si trattava, naturalmente, di un latino semplificato e adattato alle esigenze mercantili: un 'latino dei mercanti' abbastanza peculiare da poter essere puntualmente descritto » (p. 34) <sup>(26)</sup> (in altri studi storici è stato finanche ricordato come « fra i mercanti di Venezia o di Pisa si incontrino addirittura — seppure naturalmente in forma ridotta — degli interessi teologici, accompagnati ben per tempo da curiosità letterarie. Proprio dall'ambiente dei mercanti provengono i forbiti

---

o il *Codex Cumanicus* della Biblioteca Marciana di Venezia del 1325-30 circa) ed enciclopedie, v. FRIED, *Il mercante*, cit., p. 42 e ss.

<sup>(25)</sup> Sui rapporti tra Ragusa (l'attuale Dubrovnik, città natale del mercante Cotrugli) e Venezia (dove Cotrugli visse), v. anche G.B. PORTALE, *Dalla « pietra del vituperio » alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in « Banca, borsa e titoli di credito », II (2010), p. 390, richiamando C. CARACCI, *Sulla legge fallimentare di Ragusa (1544)*, in « Rivista di storia del diritto italiano », 2010, p. 409 e ss. (allo studio di PORTALE, p. 393 si rinvia anche per l'istituto raguseo della « franchisia »).

<sup>(26)</sup> Per l'importanza delle cognizioni di latino anche presso i mercanti, in quanto « lingua internazionale del commercio e della cultura », v. FRIED, *Il mercante*, cit., p. 23. V., invece, la lettera « in un magnifico volgare » spedita il 5 luglio 1260 riportata in SAPORI, *La cultura*, cit., p. 88 e ss. Secondo FRIED, *Il mercante*, cit., p. 22 « nel tardo Medioevo la professione del mercante si connette con il più alto grado di istruzione letteraria, analogamente a quanto avviene per il clero, i giuristi e i notai », come dimostrerebbe la circostanza che « nella remota Khan Baliq (Pechino) Marco Polo, vero e proprio modello del mercante occidentale attivo su scala internazionale, istruisce il Qublai Khan nelle sette *Artes* »; lo stesso Autore riporta un documento del 1261 in cui un mercante senese fa mettere a verbale innanzi a un notaio di Parigi una dichiarazione che « riflette chiaramente la naturale dimistichezza del grande mercante con le lettere, il suo indispensabile riferimento all'arte notarile e alle due sfere della giurisprudenza, e sinanche l'attenzione posta nel campo dell'attività mercantile alla dottrina scolastica della volontà » (pp. 28-29).

traduttori di opere greche di filosofia e teologia, ma anche d'altro genere, o i nuovi divulgatori del materiale narrativo itinerante » (27)).

### 3. *Storie linguistiche e storie di diritto commerciale.*

Nella prima delle storie (« Guglielma Venier ») si narra di due famiglie mercantili veneziane (invero di « meteci ») riferendosi che « di accordi di colleganza è piena la vicenda familiare dei Venier e dei de Niola » (p. 10). Invero la peculiare figura societaria richiamata appare anche nella seconda storia (« Pietro d'Alamanno ») ove « alcuni dei passeggeri del panfilo trasportano merce propria, altri — com'era normale all'epoca — sono comproprietari della mercanzia imbarcata assieme a soci non presenti » (p. 38). Entrambe le storie richiamano appunto i casi della colleganza, sebbene tra gli storici del diritto la figura è nota più diffusamente con la parola *commenda* (28). Dal punto di vista linguistico, invero, viene ricordato che « questo contratto è testimoniato assai largamente su quasi tutte le piazze commerciali europee, forse con una preferenza per le piazze marittime. Naturalmente a questa generalità di diffusione ne corrispose una notevole varietà dei nomi che furono usati nei diversi luoghi per indicarlo; una varietà, da cui sarebbe arbitrario dedurre diversità sostanziali: che fosse chiamato *commenda*, *accomandita*, *accomandiglia*, *collegantia*, *societas maris*, *hentica*, o altrimenti, la struttura essenziale del contratto rimaneva sempre la mede-

---

(27) FRIED, *Il mercante*, cit., p. 29. Tutt'altra situazione si registra nell'Ottocento tanto che, parlando dell'insegnamento di diritto commerciale di Gaetano Marrè nella R. Università di Genova confluito nel « Corso di diritto commerciale » pubblicato in prima edizione nel 1818, viene ricordato come « il Corso fu dettato in latino, come volevano le leggi di allora, ma fu tradotto felicemente in italiano dall'autore, anche per agevolare lo studio dei giovani che si dedicavano al commercio, e non sono famigliari — si diceva — con la lingua latina » (L. RAVA, *Gaetano Marrè (1772-1845) « Politico, Letterato, Giurista » e il suo trattato di diritto commerciale*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, cit., vol. II, p. 120).

(28) « Un commerciante [...] comunemente designato con il termine di *tractator*, riceve da un capitalista, detto *stans*, una sovvenzione [...] e si obbliga ad impiegarla in determinate speculazioni mercantili ed a restituirla sotto le condizioni di un viaggio e di un ritorno felice, insieme con una parte dei lucri » (M.A. BENEDETTO, *Commenda*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, UTET, 1959, p. 608; in tema v. pure R.S. LOPEZ, *La rivoluzione commerciale del Medioevo*, Torino, Einaudi, 1975, p. 98 e ss.; A. SCIALOJA, *La commenda nel diritto comune del Mediterraneo dei secoli XI-XIII*, I, *Natura economica e giuridica della commenda*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1945). Sull'etimologia di « commenda » da *cum mandare*, A. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle, d'après des documents inédits des archives de sa cathédrale*, in « *Estudis Universitaris Catalans* », 16 (1931), p. 165.

simi; non sempre del tutto identica fin nei più minuti particolari, si capisce, ma certamente costante nei suoi tratti fisionomici caratteristici »<sup>(29)</sup>.

In tal modo « volendo il finanziatore di un affare (di solito un'impresa commerciale d'oltremare) procurarsi una remunerazione proporzionale all'esito dell'affare, si postulò una società tra finanziatore e finanziato: il primo fu chiamato *stans* — perché restava a terra, non si

---

(29) U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 173, richiamando pure il pensiero di G. ASTUTI (*Ancora su le origini e la natura giuridica del contratto di commenda marittima*, in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, ESI, 1984, III, p. 1384; ID., *Origini e svolgimento storico della commenda fino al secolo XIII*, Torino, Lattes & C. editori, 1933) per il quale « se, lasciando agli eruditi, ai filologi, ai puri storici la minuziosa descrizione delle particolarità di singoli documenti e la determinazione — spesso sterile in ordine al conseguimento di risultati concreti dal punto di vista giuridico — degli elementi e delle caratteristiche singolari offerti da questo o quel gruppo di fonti, con abito di storici e di giuristi volgiamo lo sguardo alle fonti del diritto marittimo medioevale del Mediterraneo, non possiamo non ravvisarvi l'individualità storica e concettuale di un istituto giuridico ben determinato nei suoi elementi costitutivi, e la sua originaria unità essenziale e strutturale » (sulle origini della commenda, v. pure J.H. PRIOR, *The Origins of the Commenda Contract*, in « *Speculum* », 52 (1977), 1, p. 5 e ss.). Come ricorda M. MONTANARI, *Medioevo del diritto: all'origine delle società personali*, in « *Rivista delle società* », 1988, p. 1317 il fenomeno si presentò, in ambiente veneto, come *collegantia*; in ambiente genovese, come commenda; in ambiente amalfitano, come colonna e *societas*; in ambiente pisano, come *societas* o *compagnia maris*. Allo stesso Santarelli si rinvia pure per l'individuazione dell'origine della figura come forma di elusione del divieto delle *usurae* (su queste ultime v., di recente, P. EVANGELISTI, *Il pensiero economico nel Medioevo. Ricchezza, povertà, mercato e moneta*, Roma, Carocci, 2016; J. LE GOFF, *La borsa e la vita. Dall'usuraio al banchiere*, Roma-Bari, Laterza, 2007; tra i giuscommercialisti, v. BUTTARO, *Le origini*, cit., p. 7 e ss. il quale ricostruisce l'evoluzione della dottrina teologica da S. Tommaso a S. Antonino « fino a quando l'Imperatore Carlo V nel 1540 sanciva la liceità degli interessi nei rapporti fra commercianti, ma contemporaneamente determinava la percentuale degli interessi leciti »: pp. 9-10); divieto quest'ultimo ritenuto più in generale « la *differentia specifica* intorno alla quale è venuto costruendosi il *ius mercatorum* come *ius speciale* provvisto di suoi propri principi, nuovi e diversi rispetto agli *apices* del *ius civile* »: U. SANTARELLI, *Recensione a Francesco Galgano, Lex mercatoria — Storia del diritto commerciale*, pp. 236, in ID., *Ubi societas ibi ius. Scritti di storia del diritto*, a cura di A. Landi, Torino, Giappichelli, 2011, II, p. 707 e ss.; per approfondimenti sulla *collegantia* v. G. CASSANDRO, *Note minime per la storia del « cambio »*, in *Saggi di storia*, cit., p. 229 e ss. e gli Autori ivi citati. Sull'evoluzione storica che ha portato dalla commenda alla società in accomandita semplice disciplinata agli artt. 2313 ss. c.c., v. M. CALLEGARI, *La S.a.s.: evoluzione di un modello societario sempre attuale*, Roma, Aracne, 2012, p. 13 e ss. e più ampiamente SAPORI, *Studi di storia economica*, cit., *passim*.

muoveva; il secondo — un mercante disposto ad affrontare il *risicum maris ac gentis* (cioè perfino l'aggressione dei pirati) che ogni impresa d'oltremare comportava — fu chiamato, per ragioni intuitive, *tractator* »<sup>(30)</sup>; nel volume recensito vengono poi riportati interessanti casi di esercizio dello *ius praedae* e di presunti atti di pirateria (p. 25 e ss. e 35 e ss.)<sup>(31)</sup>.

Nella stessa prima storia si fa riferimento anche a una forma di investimento intrapreso dal padre della protagonista che dà il titolo al racconto, « come da molti altri mercanti veneziani dell'epoca »: « si trattava della stipula di contratti 'capestro' con contadini della zona di Piove di Sacco, i quali per sfuggire ai loro debiti accettavano in prestito somme di denaro da ricchi veneziani, e in breve tempo si facevano pignorare i terreni, essendo sistematicamente incapaci di onorare i debiti nei tempi e nei modi pattuiti » (p. 12). Si tratta, invero, di una pratica predatoria alquanto diffusa e descritta anche in due studi sull'economia rurale medievale e moderna<sup>(32)</sup>; in particolare la fattispecie è trattata dallo storico dell'economia il quale ricorda come « a ridurre, d'altronde, a Firenze e nel contado il rischio dell'insolvenza dei mutuatari tutte le volte che si trattasse di somme rilevanti o di debitori men che sicuri, i nostri prestatori esigevano una garanzia più solida di quella offerta dagli stessi fideiussori, consistente in immobili o fondi rustici di valore uguale o un po' superiore all'importo del mutuo, garanzia che nelle loro carte è detta 'sicurtà'. 'Prendere sicurtà' significa appunto assicurare un credito con la garanzia della proprietà fondiaria o immobiliare, e 'sicurtà' era la stessa garanzia, la casa o il fondo del mutuatario dati al mutuante »<sup>(33)</sup>. Il termine « sicurtà » si è mantenuto

---

<sup>(30)</sup> SPADA, *Diritto commerciale*, cit., p. 7; per una più articolata illustrazione dell'operazione, v. BUTTARO, *Le origini*, cit., p. 17 e SAPORI, *Il mercante medievale*, cit., pp. 40-41. Sui rischi nel trasporto via mare, più ampiamente, v. sempre BUTTARO, *Le origini*, cit., p. 13 e ss. anche per l'analisi del *fenus nauticum* e dello sviluppo del contratto di assicurazione.

<sup>(31)</sup> Per l'analisi del caso « groziano » della cattura ad opera degli Olandesi di un vascello portoghese nel 1602 avvenuto nello stretto di Malacca v. G. FAUCEGLIA, *Le lontane origini del pensiero maggioritario nel pensiero di Ugo Grozio*, in *Liber amicorum per Massimo Panebianco*, a cura di A. Di Stasi, G. Fauceglia, G. Martino, P. Pennetta, Napoli, ESI, 2020, II, p. 271 e ss.

<sup>(32)</sup> G. DUBY, *L'economia rurale nell'Europa medievale: Francia, Inghilterra, Impero (secoli IX-XV)*, Roma-Bari, Laterza, 1970, p. 392 e ss.

<sup>(33)</sup> A. SAPORI, *I mutui dei mercanti fiorentini del Trecento e l'incremento della proprietà fondiaria*, in *Studi*, cit., p. 198. Si trattava del « c.d. contratto trino, in cui si potrebbe attualmente ravvisare un fenomeno di collegamento negoziale, in quanto venivano conclusi tre contratti aventi differente funzione e contenuto ma mediante i quali si perseguiva un risultato unitario. Veniva innanzitutto conclusa una compraven-

nelle lingue inglese e francese, rispettivamente con *security* e *sûreté*, così confermando quanto osservato nel libro recensito ossia di come « i documenti mercantili inglesi e anglo-francesi di età medievale paiono piuttosto aperti all'assorbimento della terminologia commerciale italiana »; come pure che « una quota rilevante del lessico economico e finanziario europeo di formazione medievale ha del resto origine italiana » (p. 143) (si veda pure *infra* quanto riportato sul *Law French*). Il fenomeno dell'« influsso romanzo sull'inglese » (p. 146), accompagnato alla « scarsa propensione dei toscani, in particolare, all'apprendimento di lingue non romanze e la tendenza a puntare piuttosto alla diffusione della loro lingua all'estero » (p. 143 e, per la lingua tedesca, v. pp. 180-181 pure sui servizi di interpretariato) <sup>(34)</sup>, potrebbe trovare forse una sua spiegazione anche nei particolari rapporti di forza tra l'intermediazione e la produzione: « nella civiltà comunale italiana si afferma, così, il primato — economico, sociale e politico — del commerciante: è il commerciante che commette all'artigiano la fattura di oggetti onde rispondere alla domanda del consumatore finale — secondo un circuito che si sviluppa in senso inverso a quello attuale, caratterizzato, quest'ultimo, dalla subalternità del commercio rispetto alla produzione (industriale) » <sup>(35)</sup> (emblematica è al riguardo la rivolta dei Ciompi del 20 luglio 1378).

Sempre nella prima delle storie è riportato l'utilizzo dell'espressione « fin amor » che, mutuata dal contesto della poesia trobadorica, qualifica « il prestito a interesse dissimulato, cioè la forma più normale di mutuo in un'epoca in cui l'interdizione religiosa rendeva apparentemente impossibile prestare denaro a usura. Dietro a quelle parole, che

---

dita a pronti con cui il mutuatario alienava al mutuante un proprio bene per un prezzo equivalente all'importo del mutuo; una seconda compravendita, a parte invertite e ad esecuzione differita, con cui il mutuante rivendeva al mutuatario il bene in precedenza acquistato per un prezzo equivalente all'importo del mutuo maggiorato degli interessi e che avrebbe dovuto essere eseguito nel giorno della scadenza del mutuo; in terzo luogo veniva concluso un normale contratto di mutuo senza previsioni di interessi. In tal modo il mutuante si assicurava la conservazione del bene che gli era stato in precedenza venduto e che non era stato riacquistato alla scadenza, e perciò si realizzavano gli effetti sostanziali di un mutuo garantito da pegno (o da ipoteca) e con patto commissorio. Operazione che era doppiamente illecita in quanto violava non solo il divieto delle usure ma anche il divieto del patto commissorio. L'operazione veniva successivamente semplificata con la *mohatra*, che si riduceva a due compravendite in senso inverso »: BUTTARO, *Le origini*, cit., pp. 8-9.

<sup>(34)</sup> Sul ruolo di *amicus Curiae* svolto nel XV secolo da Giorgio da Norimberga e da Georgius Johannis, « autorizzato a intervenire nei processi contro i tedeschi nei tribunali veneziani, essendo informato sulle usanze giuridiche germaniche », v. p. 184.

<sup>(35)</sup> SPADA, *Diritto commerciale*, cit., p. 2.

spesso si accompagnavano a transazioni di denaro, e che formalmente indicavano appunto l'assenza di qualsiasi tipo d'interesse, si celavano molto probabilmente accordi e tassi feneratizi non troppo distanti da quelli della più spregiudicata finanza moderna » (pp. 28-29) <sup>(36)</sup>. Non è chiaro se « fin » dell'espressione « fin amor » si colleghi al « verbo francese *finer*, che significa pagare a termine » <sup>(37)</sup>.

La documentazione analizzata nella seconda storia (« Pietro d'Alemanno ») oltre, come anticipato, alla commenda descrive « le balle e i sacchi, tutti segnati — come era abituale — con il marchio di proprietà della compagnia Serraler, composto da una R e da due croci » contenenti « prodotti tessili provenienti dalla Francia orientale e dalle Fiandre francesi destinati al mercato bizantino » (p. 37). Come ricordato, il diritto commerciale degli albori prevedeva anche una disciplina « sull'identificazione dei prodotti in quanto trattati da un mercante 'in regola' con la corporazione di appartenenza (marchio corporativo) e provenienti da questo anziché da quello dei mercanti concorrenti (marchio individuale) » <sup>(38)</sup>; più in particolare, il marchio « in origine era apposto sul prodotto dalla corporazione ed adempiva ad una duplice funzione di garanzia in quanto certificava non solo la provenienza del prodotto da un mercante iscritto alla corporazione ma altresì che lo stesso era stato realizzato con materie prime normalmente utilizzate all'interno della corporazione ed uniformandosi alle tecniche produttive costantemente adottate » <sup>(39)</sup>, avvicinandosi in questo all'odierno marchio collettivo di cui agli artt. 2570 c.c. e 11 c.p.i. (per la riproduzione di un marchio figurativo, v. invece la lettera del mercante ebreo provenzale Bondi de Iosef che dà il titolo alla terza storia e offre

---

<sup>(36)</sup> Viene ricordato come si cercasse di aggirare il divieto delle usure nella pratica « e la prima soluzione era stata allora quella delle c.d. gratifiche o doni, che consistevano nella restituzione, nel momento della conclusione del contratto, di una parte della somma ricevuta a mutuo, e perciò nel pagamento anticipato degli interessi che veniva giustificata come una manifestazione di gratitudine (donde il termine gratifica). Il mutuante non avrebbe però potuto percepire nessun ulteriore compenso se il mutuatario non avesse adempiuto alla scadenza inizialmente pattuita »: BUTTARO, *Le origini*, cit., p. 8; tale ultimo Autore ricorda anche come « i contratti che avevano per oggetto il denaro non si riducevano al mutuo e [...] perciò l'ulteriore problema che si presentava nella giurisprudenza ed ai legislatori era quello di verificare in quali ipotesi contratti aventi una diversa denominazione potessero essere e fossero utilizzati per aggirare il divieto delle usure » (p. 10).

<sup>(37)</sup> SPADA, *Diritto commerciale*, cit., p. 4. Sulla questione, più approfonditamente, v. L. TOMASIN, *Dai trovatori ai creditori. Destini feneratizi della fin'amor*, in « Romanische Forschungen », 128 (2016), p. 303 e ss.

<sup>(38)</sup> SPADA, *Diritto commerciale*, cit., p. 6.

<sup>(39)</sup> BUTTARO, *Le origini*, cit., p. 20.

l'occasione di parlare della diaspora dei Sefarditi (p. 79 e ss.)<sup>(40)</sup>, a seguito della quale « il giudeo-spagnolo diviene a partire dal Cinquecento, e più ancora nel secolo seguente, lingua di comunicazione privilegiata nella rete dei rapporti religiosi, culturali e commerciali di molte delle comunità ebraiche sparse nel Mediterraneo » (pp. 81-82).

#### 4. Law French e presenza dei mercanti italiani in Inghilterra.

Vi è poi una parte dedicata al c.d. *Law French* « cioè il francese usualmente impiegato per la redazione di testi giuridici » (p. 138 e ss.)<sup>(41)</sup> e in particolare gli *Year Books*<sup>(42)</sup> (ma, invero, anche gli *Old*

---

(40) Un illustre discendente di una famiglia mercantile sefardita fu Tullio Ascarelli: in tema, v. M. STELLA RICHTER jr., *Racconti ascarelliani*, Napoli, ESI, 2020, p. 15 e ss. (per un cenno, v. pure ID., *Cinque storie ascarelliane*, in « Giurisprudenza commerciale », 2020, I, p. 246) cui si rinvia per la ricostruzione delle origini della famiglia e le tappe successive alla cacciata dalla Spagna tra cui, come Bondi de Iosef, un breve soggiorno nella città di Livorno prima di trasferirsi a Roma al principio del XVI secolo o già alla fine del XV. Sulla città di Livorno dopo la diaspora sefardita, v. per tutti F. TRIVELLATO, *Il commercio interculturale. La diaspora sefardita. Livorno e i traffici globali in età moderna*, Roma, Viella, 2016. Discendente di una famiglia mercantile ebraica fu pure il maestro di Ascarelli, il già ricordato Maimon Cesare Vivante (Venezia 1855 — Siena 1944): sulla figura v. M. STELLA RICHTER jr., *Cesare Vivante e il "mito di fondazione" della scienza del diritto commerciale*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 2014, p. 523 e ss. Sulle vicende storiche e mercantili di questa famiglia v. C. VIVANTE, *La memoria dei padri. Cronaca, storia e preistoria di una famiglia ebraica tra Corfù e Venezia*, Firenze, Giuntina, 2009, pp. 140-141: qui, parlando del ramo di Maimon della famiglia, viene ricordato come « nelle ultime generazioni le tradizionali attività della famiglia lasceranno il posto, in molti casi, ad attività 'liberali'. In pieno Ottocento incontriamo un medico, Leon Vita Cesare, e tra Ottocento e Novecento suo figlio Maimon chiamato Cesare, grande Maestro di diritto. Raffaele, altro suo figlio, sarà medico illustre e autorevole igienista. Leone (Lello), figlio di Cesare, fu filosofo; Ginevra, figlia di Raffaele, è stata una raffinata e colta interprete di musica da camera, allieva prediletta di Ildebrando Pizzetti; Andrea, vissuto a lungo fuori d'Italia, fu musicista e direttore d'orchestra, Arturo è stato medico e romanziere, e Mario un appassionato aviatore e legionario fiumano »; la ricostruzione precisa a p. 167, nota 307, che « nella pagine di Morte a Venezia dedicate all'epidemia di colera, Thomas Mann sottolinea il comportamento lucido e coerente dell'allora dirigente della Sanità veneziana, che era appunto Raffaele Vivante, riconoscibile benché non indicato col nome ». Per un recente profilo biografico, v. F. MAZZARELLA, *Vivante, Cesare*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 100, 2020, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

(41) Sul *Law French*, nell'ambito della *Year Book Series*, v. F.W. MAITLAND, *Select Pleas of the Crown, A.D. 1200-1225*, vol. I, London, Selden Society, 1887, *Introduzione*, pp. XXIII-LXXXIX; per ulteriori riferimenti al *Law French* nella *Year*

*Reports* <sup>(43)</sup>) o più esattamente un « *queer slang* » <sup>(44)</sup> (e definito pure *Dog-French* <sup>(45)</sup>) consistente in « anglo-francese o meglio francese d'Inghilterra, che allude a una lingua [...] risultato di una più complessa e profonda interazione tra dialetti francesi di varia origine (non solo normanno, dunque) e medio inglese: un fenomeno proprio delle fasce più elevate della società, ma anche di quelle più impegnate nei traffici con il continente, insomma della nobiltà e della classe mercantile » (p. 134). Come è stato chiarito, invero, « il francese è la lingua della Corte, sino all'avvento della dinastia dei Tudors, alla fine del XV secolo; si ritiene del tutto naturale parlarlo nelle Corti regie. L'uso della lingua inglese si perde pertanto man mano che si sviluppa la competenza delle Corti regie. La lingua francese viene però parlata sempre meno, e sarà gradualmente abbandonata dagli autori, a vantaggio dell'inglese, dal XVI secolo; ma, dopo i tentativi abortiti fatti nel 1362 e, da Cromwell, nel 1650, bisognerà attendere il 1731 per veder consacrata ufficialmente l'esclusività della lingua inglese, mediante l'abolizione sia del francese sia del latino » <sup>(46)</sup>.

Il volume in discorso ricorda come « le vicende della guerra dei cent'anni ebbero, certo, un ruolo importante nella scelta politica di favorire l'inglese — o meglio di limitare l'uso del francese — da parte

---

*Books Series*, v. L. MOCCIA, *Appunti sul law reporting in Inghilterra*, in « Il foro italiano », V (1978), V, c. 293, nota 36; H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law — An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 123.

<sup>(42)</sup> Come viene ricordato « gli Year Books sembrano aver svolto la funzione di corsi diffusi in più copie ad uso degli studenti di diritto. Alcuni di essi sono stampati dal 1482. Un'edizione generale è stata fatta nel 1679 dal sergente Maynard, *Reports del Cases en Ley*. Un'edizione critica ne è stata intrapresa agli inizi del nostro secolo sotto gli auspici della Selden Society »: R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, a cura di R. Sacco, Padova, CEDAM, 1973, p. 289, nota 13 riportando J. LAMBERT, *Les Years Books de langue française*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1928.

<sup>(43)</sup> MOCCIA, *Appunti*, cit., p. 293.

<sup>(44)</sup> MAITLAND, *Introduzione*, cit., p. XXXIII.

<sup>(45)</sup> Lo riferisce MOCCIA, *Appunti*, cit., p. 293, nota 36 richiamando T. MATHEW, *Law French*, in « *Law Quarterly Review* », 54 (1938), p. 357 e ss.

<sup>(46)</sup> DAVID, *I grandi sistemi*, cit., p. 283, nota 4. Per i vari tentativi di imporre la lingua inglese v. pure MOCCIA, *Appunti*, cit., p. 293, nota 36 il quale ricorda come, anche dopo il 1731, « la persistenza, di fatto, fin verso la seconda metà del XVIII secolo, del 'law French' come lingua corrente presso i *common lawyers* è testimoniata da ciò che, solo allora, gli *Old Reports* furono per la più parte tradotti e pubblicati in inglese; per cui [...] è nella seconda metà del XVIII secolo che i giuristi di common law 'davvero smisero di pensare e di scrivere in questa singolare lingua' » (richiamando W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. V, London, Methuen, 1945, p. 357).

britannica negli ambienti della diplomazia » tanto che Enrico V « rifiuta il francese (lingua che pure doveva esser ben nota sia a lui sia al suo *entourage*) » nei negoziati seguenti alla battaglia di Azincourt (1415) (p. 139); invero, l'ostilità verso il francese si registra fin da tempi precedenti se è vero che già nel 1362 con la promulgazione dello *Statute of Pleading* di Edoardo III, paradossalmente scritto in francese, vi fu il tentativo di estromettere l'anglo-normanno in favore dell'inglese nelle procedure giudiziarie <sup>(47)</sup>.

E così, il risultato fu « que les questions juridiques étaient concentrées dans les mains de l'élite qui seule maîtrisait cet idiome »; « toutes les personnes non instruites dans les sciences du droit se trouvaient exclues de ce domaine, non seulement par une terminologie très spécialisée en raison de l'objet des textes, mais par l'usage d'une langue de plus en plus étrangère »; « ce jargon juridique était un langage non seulement technique mais aussi étranger dans une société où l'anglais était devenu la langue maternelle et vernaculaire unique » <sup>(48)</sup>.

Accanto al *Law French* il volume segnala il ruolo particolare « dell'altra lingua che [...] è protagonista nell'attività commerciale dell'epoca, cioè l'italiano » (p. 140) <sup>(49)</sup>. Oltre alla presenza dei mercanti

<sup>(47)</sup> Per studi recenti sul *Law French*, v. C. LASKE, *Le law french, un idiome protégéant les privilèges du monde des juristes anglais entre 1250 et 1731*, in « Corela », HS-26, 2018, p. 1 e ss. in <http://journals.openedition.org/corela/6773>, 6; l'Autrice ricorda che « la loi visait l'abolition de anglo-français dans les communications orales; mais il semble que cela n'avait pas d'effet sur la langue écrite: — les Year Books continuaient d'être rédigés en anglo-normand. Il est probable qu'on persistait à utiliser l'anglo-normand à des fins pédagogiques dans les Inns of Court, où l'apprentissage se faisait surtout grâce au débat oral. Le fait que cette loi n'ait pas été suivie par les juristes semble indiquer que le législateur avait sous-estimé l'influence du barreau. L'anglo-normand a de fait continué à être utilisé dans les comptes rendus de la jurisprudence jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle » (v. già EAD., *Losing touch with the common tongues — the story of law French*, in « International Journal of Legal Discourse », 1 (2016), 1, p. 169 e ss.).

<sup>(48)</sup> LASKE, *Le law french*, cit., pp. 1 e 6.

<sup>(49)</sup> La *ruptio* del banco è evidentemente all'origine di *bankruptcy*: v. PORTALE, *Dalla « pietra del vituperio »*, cit., p. 392 sul « rotto » che ricorda come « così era anche denominato il fallito, per avere rotto il banco = fatto bancarotta » dallo statuto della città di Genova del 1589. A questo Autore si rinvia per l'analisi della sanzione reputazionale che colpiva il fallito; più in generale, sulla sanzione reputazionale — pittorica e non — v. diffusamente già G. MASI, *La pittura infamante nella legislazione e nella vita del Comune fiorentino (secc. XIII-XIV)*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, cit., vol. II, p. 625 e ss.: nell'individuare le due sanzioni fiorentine per i falliti l'Autore ricorda: « l'una è l'«acculattata», volgarmente in uso, ma non sanzionata dalla legge, comune in molti luoghi ai debitori civili e commerciali, antichissima a Milano;

toscani su suolo inglese (tanto che come rimarca l'Autore il toponimo *Lombard Street* a Londra — ma, invero, anche *Rue des Lombards* a Parigi <sup>(50)</sup> e l'espressione *Lombard Loan* o « credito lombardo » <sup>(51)</sup> — evoca proprio i mercanti italiani centro-settentrionali <sup>(52)</sup>) l'Autore

---

l'altra è la pittura infamante. L'«acculattata» consiste nella cessione dei beni fatta in pubblico. Il debitore si presenta alla loggia di Mercato Nuovo quasi seminudo, e nel battere le natiche su un lastrone, che a Padova si chiama la 'pietra del vituperio', pronunzia alcune parole di ravvedimento » (p. 639); più recentemente, v. G.C.M. RIVOLTA, *Fallimento ed esercizio del commercio*, in « Rivista dei dottori commercialisti », 1975, p. 22 e ss.; sulla « acculattata » prevista nello Statuto di Vercelli del 1241, v. già U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, Cedam, 1964, pp. 29-30, testo e nota 18; M. ROBERTI, voce *Acculattata*, in *Enc. italiana*, Roma, Treccani, 1949, p. 277; sulla storia del fallimento, da ultimo, v. L. PANZANI, *La storia del fallimento: uno sguardo d'insieme*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di L. Panzani, O. Cagnasso, t. 1, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2016, p. 3 e ss. e spec. P. 28, nota 52 ove ulteriori riferimenti.

<sup>(50)</sup> Come segnala SAPORI, *Il mercante italiano*, cit., p. 15.

<sup>(51)</sup> Devo la segnalazione di questo sintagma al prof. Floriano d'Alessandro. La generalizzazione dell'epiteto « Lombardi » (anche in senso dispregiativo: v. nota successiva) per tutti i mercanti italiani centro-settentrionali probabilmente scaturisce, per metonimia prima e sineddoche poi, e, dunque, per uno slittamento semantico, proprio dalla diffusione dell'operazione denominata « credito lombardo » in cui l'aggettivo evoca il pegno dell'epoca longobarda: « mentre, com'è noto, per il diritto giustiniano il creditore pignoratorio, verificatesi le due condizioni del termine dell'obbligazione e del mancato soddisfacimento del debitore, aveva il diritto di vendere la cosa costituita in pegno e di sodisfarsi sul prezzo ricavato conservandone l'azione personale quando questo non fosse bastato ad estinguere il debito, per il diritto barbarico la cosa data in garanzia diveniva proprietà del mutuante »: A. SAPORI, *I mutui dei mercanti fiorentini del Trecento e l'incremento della proprietà fondiaria*, in *Studi*, cit., I, pp. 204-205 cui si rinvia anche per l'analisi del lemma *mortgage* di *Law French*. Sull'introduzione nell'ordinamento italiano della possibilità di appropriarsi della garanzia reale pignoratoria, mutuando un modello proveniente dall'art. 9 dello *Uniform Commercial Code* statunitense, v. art. 4, comma 1, lett. b) d.lgs., 21 maggio 2004, n. 170 e art. 1, comma 7, lett. d) d.l., 3 maggio 2016, n. 59 convertito con modifiche in l. n. 30 giugno 2016, n. 119.

<sup>(52)</sup> « È noto che fra i prestatori al di là delle Alpi gareggiavano con gli ebrei e finirono per sostituirli, furono dei primi i toscani, talvolta così designati, e più spesso confusi nelle denominazioni generiche di Caorsini e di Lombardi » (A. SAPORI, *La compagnia dei Frescobaldi in Inghilterra*, in *Studi*, cit., I, p. 181, nota 2). Sull'accezione dispregiativa all'estero dell'appellativo « Lombardi », anche nella *Chanson de geste*, e sulle persecuzioni subite, v. SAPORI, *Il mercante italiano*, cit., p. 15 e ss. al quale si rinvia anche per l'organizzazione in succursali (p. 48 e ss.). Come osserva BUTTARO, *Le origini*, cit., p. 6 « la migliore dimostrazione dell'internazionalità del diritto commerciale è fornita da quanto era accaduto nel secolo XII in Inghilterra. Infatti quel paese non aveva

riferisce come la *Pratica della mercatura* di Francesco Balducci Pegoletti avesse una sezione destinata alla produzione della lana in Inghilterra<sup>(53)</sup>; vi è un cenno poi alle lettere riguardanti i Riccardi di Lucca negli anni anteriori al fallimento (p. 142)<sup>(54)</sup> e alla Compagnia commerciale dei Gallerani: « attivi tra la Toscana, le Fiandre, Parigi, Londra nel primo decennio del Trecento, questi mercanti si servono in alcuni casi direttamente del francese per la tenuta dei loro libri di conto » (pp. 142 e 109)<sup>(55)</sup>.

##### 5. *Spunti per Law on Music e importanza delle storie « altre ».*

Un ultimo spunto utile per la storia del diritto d'autore il volume lo offre in tema di *Law on Opera* e più in generale di *Law on Music*<sup>(56)</sup>: in una lettera del 1572 Orlando di Lasso scrive al duca di Baviera Guglielmo V di Wittelsbach in una lingua che vede un uso « mescolato di francese, italiano, latino, tedesco, con occasionali inserti di spagnolo » (p. 195). Come ricorda l'Autore, « gli scambi tra i due vertono soprattutto su questioni legate alle attività di compositore e di *manager* musicale di Orlando, ma si allargano anche ad altre pratiche — come la mediazione che il musicista tesse tra i duchi e la banca dei Fugger, per

---

mai recepito il diritto romano comune ed il suo ordinamento giuridico era di natura essenzialmente giurisprudenziale e si veniva formando attraverso le decisioni dei giudici dei re normanni. Ebbene, in Inghilterra il Sovrano concedeva a dodici comuni rivieraschi (gli *staple town*), che si affacciavano sulla Manica o lungo il Tamigi ed in cui più intensa era l'attività mercantile, una sorta di privilegio di extraterritorialità consistente nella facoltà di applicare ai contratti di scambio le consuetudini commerciali e di fare dirimere le relative controversie da tribunali speciali, le *pie powder courts* in cui ancora una volta i giudici erano mercanti ». Probabilmente anche il mancato recepimento del diritto romano comune (ed in particolare il divieto della *lex commissoria* introdotta dalla nota costituzione dell'imperatore Costantino del 324 d.C.: C. Th., 3, 2, 1=C. 8, 34 (35), 3, a. 326) è la ragione che agevolò la diffusione del *Lombard Loan* avente origine, come anticipato, nel diritto barbarico longobardo.

<sup>(53)</sup> Su tale manuale, v. SAPORI, *La cultura*, cit., p. 78 e ss.

<sup>(54)</sup> Sulla compagnia dei Riccardi in Inghilterra, v. A. SAPORI, *La compagnia dei Frescobaldi in Inghilterra*, in *Studi*, cit., II, p. 866 e ss. e sul suo fallimento, *Id.*, *Le compagnie italiane in Inghilterra*, *ivi*, p. 1056 e ss.

<sup>(55)</sup> Sulla Compagnia dei Gallerani, v. A. SAPORI, *Le compagnie mercantili toscane del Dugento e dei primi del Trecento*, in *Studi*, cit., II, 792.

<sup>(56)</sup> « In questo contesto, l'indagine può appuntarsi, ad esempio, sulle disposizioni che regolano i meccanismi produttivi delle opere, i teatri (anche, o soprattutto, in una prospettiva storica), sui rapporti tra teatri, impresari, editori, cantanti, compositori, e musicisti, sulle forme di tutela della proprietà intellettuale che riguardano l'opera musicale o teatrale »: F. ANNUNZIATA, *Opera e diritto*, in « Rivista delle società », 2018, p. 1533.

cercar di evitare il tracollo finanziario cui effettivamente i Wittelsbach andranno presto incontro » (p. 202). In particolare, il materiale è utile a comprendere lo *status* del compositore se, come ricordato, « strappato (forse quasi rapito, come hanno supposto alcuni biografi) ancora ragazzino alla sua terra natale per via delle sue mirabili doti canore, Orlando era stato portato in Italia da Ferrante Gonzaga e aveva vissuto in varie corti, sia nel nord sia nel sud della penisola » (p. 195) <sup>(57)</sup>.

Ancora una volta sono le storie non giuridiche, quelle « altre », che sembrano talora in grado di dare linfa alla stessa storia del diritto <sup>(58)</sup>.

---

<sup>(57)</sup> Situazioni che non dovevano essere del tutto rare come dimostra, ad es., la storia delle *Variazioni Goldberg* su cui nello specifico, v. *Cbi doveva essere pagato? Ovvero: le Goldberg-Variationen di J.S. Bach*, Lezione magistrale di Quirino Principe — Teatro Franco Parenti, Milano, 10 novembre 2016, in <https://youtu.be/d2piKPCz-9E>.

<sup>(58)</sup> Invero, dall'angolo visuale musicale, gli storici del diritto non sembrano aver particolarmente approfondito il tema. Sulla storia del diritto d'autore in generale, v. P. SPADA, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 3 e ss.; U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, Carocci, 2010; A. CAPPELLARO, *Illuministi italiani e diritto d'autore*, in *Studi di storia del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 497 e ss.; da ultimo, L. MOSCATI, *Diritti d'autore. Storia e comparazione nei sistemi di civil law e di common law*, Milano, Giuffrè-Francis & Taylor, 2020 (della stessa Autrice e in riferimento alla proprietà letteraria, anche per la raccolta dei documenti processuali, v. pure, *Alessandro Manzoni « avvocato ». La causa contro Le Monnier e le origini del diritto d'autore in Italia*, Bologna, il Mulino, 2017; su tale ultimo volume v. la recensione di M.S. SPOLIDORO, in « Rivista di studi manzoniani », 2020, 4, p. 144 e ss.; sulla controversia Manzoni-Le Monnier v. già G. BERTI ARNOALDI VELI, *Il caso Manzoni — Le Monnier*, in « Il diritto di autore », 2005, p. 211 e ss.; P. TRANIELLO, *Alle soglie del diritto d'autore: il processo Manzoni — Le Monnier*, in « Nuova informazione bibliografica », 2010, p. 587 e ss.; per un caso che si pone agli albori della nascita del contratto di edizione dopo l'invenzione della stampa, v. P. CALAMANDREI, *Un contratto di edizione di Benvenuto Cellini*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, cit., vol. I, p. 225 e ss.). Quanto all'ambito musicale tale ultimo volume tratta soltanto i casi postunitari Verga contro Mascagni e Ricordi e altri contro Sonzogno (p. 188 e ss.); una più ampia disamina della storia del diritto d'autore nell'ambito musicale si rinviene invece dalle storie « altre »: v., ad es., L. GUILLO, *Legal Aspects*, in *Music Publishing in Europe. 1600-1900. Concepts and Issues, Bibliography*, ed. R. Rasch, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 115 e ss.; B.M. ANTOLINI, *Introduzione a Dizionario degli editori musicali italiani, 1750-1930*, Pisa, ETS, 2000, p. 24 e ss. (e v., nella sezione « Fonti e bibliografia » — p. 371 e ss. — le opere ivi citate di interesse per la storia del diritto d'autore in ambito musicale).



LORENZO PACINOTTI

L'ALTRA STORIA DEL WELFARE STATE:  
LE PECULIARITÀ DELLA RIFLESSIONE BRITANNICA

(A proposito di *Welfare and Social Policy in Britain Since 1870. Essays in Honour of Jose Harris*, a cura di L. Goldman, Oxford, Oxford University Press, 2019)

1. Le tentazioni del paradigma. — 2. Le peculiarità dello sviluppo. — 3. ... e della crisi.

1. *Le tentazioni del paradigma.*

Sin dalla *Introduction* del curatore Lawrence Goldman, si intuisce che il volume *Welfare and Social Policy Since 1870*, pubblicato dalla Oxford University in onore di Jose Harris, sia un contributo di rilievo, che permette alle complessità, quelle che spettano a una vicenda dalle articolazioni poliedriche, di emergere con nettezza <sup>(1)</sup>. E si colgono tempi e spazi del suo divenire storico: le opere della Harris, massima esperta della storia del pensiero sociale britannico e, non a caso, biografa di William Beveridge, padre intellettuale del *Welfare State* del secondo dopoguerra <sup>(2)</sup>, offrono agli autori la possibilità di individuare le varie concause dello sviluppo contemporaneo del diritto sociale inglese.

Una esperienza — quella d'oltremarica — di cui vengono sovente esaltati i tratti paradigmatici: è forte la tentazione di declinarne le vicende attraverso le chiavi interpretative offerte da Karl Polanyi nella *Great Transformation* <sup>(3)</sup>, evidenziando pertanto la trasformazione insita nel tracollo dell'economia auto-regolata, sradicata dall'ampliarsi novecentesco dell'amministrazione e dei suoi servizi, dal continuo aumento della spesa pubblica, dal progressivo accentramento delle

---

<sup>(1)</sup> L. GOLDMAN, *Introduction*, in *Welfare and Social policy in Britain Since 1870. Essays in Honour of Jose Harris*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 1-10.

<sup>(2)</sup> J. HARRIS, *William Beveridge: A Biography*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

<sup>(3)</sup> K. POLANYI, *The Great Transformation* (1944), trad. it. *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 2010.

funzioni esecutive, dal crescente impegno redistributivo dello Stato. La *End of Laissez-Faire* (4), marcata dall'irrompere del modello normativo keynesiano, scandisce la trasformazione da una protezione sociale limitata a garantire l'ordine e la sicurezza a un sistema, all'opposto, orientato al perseguimento degli ideali inclusivi propri dell'universalismo dei servizi sociali.

Massima rappresentazione dei nuovi valori universalistici, il piano Beveridge (5), pubblicato nel 1942, costituisce il manifesto fondativo del *Welfare State*; termine la cui diffusione, sull'onda della contrapposizione con il *warfare* nazista, è generalmente attribuita agli scritti, di poco precedenti, dell'amico di vecchia data William Temple, già arcivescovo di York e poi di Canterbury (6). Il *Beveridge Report* verrà quasi integralmente recepito, nell'immediato secondo dopoguerra, dai tre pilastri della protezione sociale laburista: unitamente al varo di un sistema universalistico di copertura previdenziale (7) e alla predisposizione di un'assistenza nazionale inclusiva e solidale (8), il libero e gratuito accesso alle prestazioni sanitarie del *National Health Service Act* (9) rappresenta il « vero simbolo del Welfare State » (10) e la più genuina espressione del passaggio dal modello assicurativo (bismarckiano) al *Social Service State* (beveridgiano). L'universalismo esemplifica l'inedito rilievo assegnato ai *social rights*, finalmente parte, assieme a quelli civili e politici, dei diritti di cittadinanza riconosciuti dall'ordinamento. Illuminate da Thomas Humphrey Marshall nel suo celebre *Citizenship and Social Class* (1950), le innovazioni della « cittadinanza sociale » (11) devono essere interpretate — come suggerisce

---

(4) J.M. KEYNES, *End of Laissez-Faire* (1926), trad. it. in Id., *La fine del Laissez-Faire e altri scritti*, a cura di G. Lunghini, Torino, Bollati Boringhieri, 1991.

(5) La traduzione italiana di parte del *Report of the Inter-Departmental Committee on Social Insurance and Allied Services* [Cmd. 6404], 1942, intitolata *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 *Alle origini del welfare state: il rapporto su assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, a cura di U. Ascoli, Milano, Angeli, 2010.

(6) A rifletterci è ancora L. GOLDMAN, *Founding the Welfare State: Beveridge, Towney, and Temple*, in *Welfare and Social Policy in Britain Since 1870*, cit., pp. 44-59.

(7) *National Insurance Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 67.

(8) *National Assistance Act* [1948], 11 & 12 Geo. 6, c. 29.

(9) *National Health Service Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 81.

(10) T.H. MARSHALL, *The Welfare State: A Sociological Interpretation*, in « Archives européennes de sociologie », II (1961), p. 298.

(11) T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class* (1950), trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, Roma, Laterza, 2002.

Julia Moses all'interno del volume curato da Goldman <sup>(12)</sup> — anche alla luce dell'afflato internazionale che, dalla Dichiarazione universale dei diritti umani alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, spinge verso il riconoscimento di forme di solidarietà circolanti e costituisce il segno distintivo di una nuova cultura giuridica che, sia oltremarina che sul continente, postula l'indivisibilità dei diritti e ne promuove la fusione concettuale all'interno della nozione di dignità umana <sup>(13)</sup>.

Un'esperienza paradigmatica, verrebbe da dire: specie per l'osservatore italiano che guardi al nostro Servizio sanitario nazionale, modello che, proprio al termine di una fase distinta dallo straordinario sviluppo europeo dei servizi sociali, emula, affatto fedelmente, il *National Health Service* (NHS), sia pur nella veste cucita dal *Reorganisation Act* del 1973 <sup>(14)</sup>. È altrettanto evidente che la stagione thatcheriana, ribaltando gli assunti dello Stato keynesiano-beveridgiano, sia centrale per descrivere la crisi del *Welfare State*; crisi nella quale il caso britannico assume, di nuovo, il ruolo di capofila <sup>(15)</sup>.

Ebbene, in ragione di tali assunti, è forte la tentazione di eleggere lo Stato sociale laburista — utilizzando le categorie elaborate da Richard Titmuss per classificare i modelli normativi di *welfare* — a emblema dell'indirizzo « istituzionale-redistributivo » del secondo dopoguerra allo stesso modo in cui, con dinamiche speculari, la stagione thatcheriana viene incaricata di rappresentare l'ondata neoliberista e il movimento internazionale verso un modello « residuale » basato su dinamiche concorrenziali e sulla selettività dell'assistenza <sup>(16)</sup>.

<sup>(12)</sup> Scrive J. MOSES, *The Reluctant Planner. T.H. Marshall and Political Thought in British Social Policy*, in *Welfare and Social Policy in Britain Since 1870*, cit., p. 143: « Marshall's work on social citizenship might seem a natural response to broader discussion about the nature of rights in the post-war world, and his concept of social rights could be seen as both an analytical and a temporal precursor of human rights ».

<sup>(13)</sup> D'obbligo il richiamo a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2008, p. 258, secondo cui la proclamazione dei diritti umani ha « tagliato in due il corso storico dell'umanità dal punto di vista del rapporto politico ». Si veda inoltre P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, 2, pp. 365-417.

<sup>(14)</sup> Al *National Health Service Reorganisation Act* [1973], c. 32, si ispira difatti la l. n. 833/1978. Cfr. L. SARTI MAGI, A. VITALE, *Il servizio sanitario inglese punto di riferimento per la riforma sanitaria italiana*, in « Previdenza sociale », 4 (1979), pp. 937-965.

<sup>(15)</sup> Si rimanda al volume *The Oxford Handbook of the Welfare State*, F.G. Castles et al. (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2012 e, in particolare, al saggio di F. NULLMEIER, F.X. KAUFMANN, *Post-War Welfare State Development*, pp. 81-101.

<sup>(16)</sup> R.M. TITMUSS (et al.), *Social Policy. An Introduction*, London, Hyman, 1974, pp. 30-32, superando la tradizionale dicotomia tra il modello bismarckiano e il modello beveridgiano, divide tra un *Institutional redistributive model of social policy*, organizzato

La realtà è, invero, più articolata. I percorsi intellettuali del pensiero sociale inglese, sui quali il suddetto volume, tra i pochi, è incentrato, si ammantano di caratteri spesso disgiunti da quelli generalmente noti per descrivere l'affermazione e la crisi dei diritti sociali sul continente. Uno sguardo sulla *Welfare and Social Policy Since 1870* aiuta il giurista, ancor più se storico, su tutti il più avvezzo a ragionare del Regno in termini di contrapposizione con una realtà 'altra', con 'un'altra storia', a proiettarsi oltre il paradigma che l'analisi dei dati istituzionali suggerirebbe.

## 2. *Le peculiarità dello sviluppo.*

Anche in una realtà priva della nozione di potere costituente, aliena dalla necessità di reagire all'impeto legolatrco del Codice e all'opposto guidata dallo storicismo della *Common Law*, la questione sociale, dal civile al penale, dall'impresa alla famiglia, irrompe nel dibattito, proponendosi, sul finire dell'Ottocento, di ricostruire le forme comunitarie logorate dall'individualismo ancora imperante. La Gran Bretagna, ancorché immersa nell'epopea della dottrina diceyana della *Law of the Constitution* <sup>(17)</sup>, non è immune dal ribaltamento della concezione dello Stato monoclasse nella nuova dimensione pluriclasse <sup>(18)</sup>; nemmeno è esente dall'assedio che, sul crinale novecentesco, cinge le nozioni di proprietà e contratto, la cui sacralità è guastata dalle ingerenze del diritto del lavoro e dell'amministrazione di prestazione <sup>(19)</sup>. La legislazione sociale sembra offrire declinazioni inedite: i

---

attraverso servizi universalistici con una tassazione fortemente redistributiva, un *Industrial achievement-performance model* in cui le prestazioni sociali sono condizionate al merito e all'occupazione, e un *Residual welfare model* nel quale lo Stato interviene solo in mancanza dei bisogni più elementari. D. GARLAND, *The Welfare State. A Very Short Introduction*, Oxford, University Press, 2016, sembra inoltre ritenere che l'esperienza britannica, pur complessa da classificare, offra un paradigma dell'involutione consistente nello slittamento dall'universalismo del secondo dopoguerra alla selettività del messaggio neoliberista.

<sup>(17)</sup> 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.

<sup>(18)</sup> È qui indispensabile M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in « Il Politico », 42 (1977), 2, pp. 205-227.

<sup>(19)</sup> Il *Welfare State* è, del resto, « one of the great structural uniformities of modern society ». Nonostante non manchi di evidenziare le diversità dei modelli, così scrive H.L. WILENSKY, *The Welfare State and Equality. Structural and Ideological Roots of Public Expenditure*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1975, p. 1. E il diritto sociale manifesta la sua portata globalizzante, si propone come il decisivo fattore

giuristi, sebbene ancora scostanti verso le tecniche legislative della *social policy*, non possono non avvertirne la carica eversiva, in grado di minacciare le rigide costruzioni dogmatiche della tradizione individualistica.

È proprio Albert Venn Dicey, nella sua *Law and Public Opinion* del 1905, a cogliere la decadenza del « periodo del benthamismo o dell'individualismo »<sup>(20)</sup>, spodestato dal « collettivismo »<sup>(21)</sup> della legislazione dell'ultimo terzo dell'Ottocento. E sarà l'inedita funzione di indirizzo assegnata ai poteri pubblici a ribaltare, lungo il corso delle successive decadi, l'immagine manchesteriana dello Stato 'guardiano notturno' delle libertà civili nel collettivismo dei diritti sociali, a capovolgere lo storico attaccamento per il *self-help*, il *self-government* e l'elitarismo del potere dei *Lords*, in un marcato centralismo amministrativo in clamoroso contrasto con la tradizione particolaristica del diritto inglese<sup>(22)</sup>.

Ciò non toglie, tuttavia, che nel confronto con il continente, la vicenda del diritto sociale inglese conosca, già a partire dalle riflessioni di John Stuart Mill<sup>(23)</sup>, un legame più serrato con la tradizione liberale, coerentemente con una propensione amministrativistica, tipicamente insulare, sempre rivolta a rinnegare il predominio dell'esecutivo e a conciliare il nuovo egualitarismo con la tutela delle vecchie libertà<sup>(24)</sup>.

che, in ogni ramo dell'ordine giuridico, accomuna, almeno per i primi due terzi del Novecento, le trasformazioni degli ordinamenti occidentali. Lo nota D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, D. Trubek, A. Santos (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.

<sup>(20)</sup> 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.

<sup>(21)</sup> Ivi, lezione ottava, *Il periodo del collettivismo*, pp. 275-310.

<sup>(22)</sup> Lo spiega bene M.F. DAUNTON, *Payment and Participation: Welfare and State-Formation in Britain 1900-1951*, in « Past and Present », 1996, pp. 169-216. In questo senso anche M. LOUGHLIN, *The British Constitution: A Very Short Introduction*, Oxford, University Press, 2013, pp. 95-100.

<sup>(23)</sup> Si pensi a J.S. MILL, *Principles of Political Economy* (1848), trad. it. *Principi di economia politica*, Torino, UTET, 1983, a ogni edizione sempre più aperto a riscoprire una dimensione solidale dell'ordinamento.

<sup>(24)</sup> S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 8, individua due modelli storici dello Stato amministrativo: « il primo è quello continentale (francese innanzitutto), caratterizzato dal potere assoluto dell'esecutivo, dalla centralizzazione, dalla preminenza dell'eguaglianza sulla libertà. Il secondo è quello anglosassone (innanzitutto inglese), caratterizzato dalla tradizione liberale e dalla pre-

Il passaggio dall'*Old* al *New Liberalism* ne offre una rappresentazione dal pregnante carattere descrittivo: non è un caso che il volume della *Oxford University* muova, come mostra il saggio di Sandra den Otter<sup>(25)</sup>, dall'idealismo hegeliano di cui l'universo oxoniense era espressione al tempo di Thomas Hill Green. Con Green — le cui opere principali, pubblicate postume, si diffondono nell'ultima parte del secolo — si avvia una riflessione su una *good citizenship* dalle chiare accezioni collettivistiche: lungi dall'essere esclusivamente chiamato alla protezione negativa di proprietà e libertà contrattuale, lo Stato deve mirare a una *positive freedom*, operando una *removal of obstacles* nella quale « possono essere inclusi molti fini che gli Stati hanno fino ad ora trascurato »<sup>(26)</sup>; ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il conseguimento del bene comune, del *common good*.

La trasformazione *New Liberal*, concretizzata, appianando taluni aspetti volontaristici della cittadinanza greeniana<sup>(27)</sup>, dalla libertà-eguale di Leonard Trelawny Hobhouse e dalla *equality of opportunities* di John Atkinson Hobson, riassume la cesura che va consumandosi a cavaliere tra Otto e Novecento, ma al contempo rivela un innesto dei diritti sociali meno traumatico rispetto al continente, più graduale, giacché in parte legato alla continuazione della cultura liberale: « la battaglia per la libertà, se condotta ad oltranza, è una battaglia per l'uguaglianza »<sup>(28)</sup>. Continua Hobhouse: « il diritto al lavoro e ad un salario minimo è altrettanto valido quanto i diritti civili o di proprietà »<sup>(29)</sup>. I diritti sociali, in sintesi, si propongono a favore e non contro il mercato, divengono lo strumento di un migliore esercizio

---

minenza del Parlamento, dal *self-government*, dal progresso dell'uguaglianza d'intesa con la libertà ». Sullo sviluppo del *welfare* ottocentesco si veda invece, su tutti, A. BRIGGS, *The Welfare State in Historical Perspective*, in « Archives européennes de sociologie », II (1961), pp. 221-258.

(25) S. DEN OTTER, 'The Organized Selfishness of Empire'. *Welfare Philosophies, Human Rights, and Empire in Britain, 1870-1920*, in *Welfare and Social Policy in Britain Since 1870*, cit., pp. 13-28.

(26) T.H. GREEN, *Lectures on the Principles of Political Obligation* (1888), trad. it. *L'obbligazione politica*, Catania, Giannotta, 1973, p. 440. Sulla novità della libertà positiva all'insegna del bene comune, è centrale il saggio *On the Different Senses of « Freedom »* (pp. 97-140). Sul punto si rimanda anche a P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, III, *La civiltà liberale*, Roma, Laterza, 1999, pp. 3-65 e 81-98.

(27) Cfr. V. FROSINI, *La ragione dello Stato. Studi sul pensiero politico inglese contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 3-73.

(28) L.T. HOBHOUSE, *Liberalism* (1911), trad. it. *Liberalismo*, Firenze, Vallecchi, 1995, pp. 56-57.

(29) Ivi, p. 159.

collettivo dei diritti civili e politici, senza più rappresentare il mezzo paternalistico per frenarne lo sviluppo, si configurano come il naturale completamento delle 'libertà degli inglesi' e della tradizione *Whig*, ossia l'approdo dell'incedere progrediente di un secolare processo di democratizzazione.

Ne è la riprova, proprio nell'anno della *Law and Public Opinion*, la nomina della *Royal Commission*, incaricata di superare l'individualismo del sistema assistenziale di matrice benthamiana della *Poor Law* che, al tempo ancora in gran parte vigente, associava l'assistenza alla perdita dei diritti civili e politici. La commissione, sia pur producendo due rapporti contrapposti, il *Majority* e il *Minority Report* <sup>(30)</sup>, all'unanimità segnala una tendenza subito comprovata dalla stagione riformista del 1906-1914. Ultimando le novità collettivistiche della legislazione industriale e dei servizi municipali sul finire dell'Ottocento, tali riforme, oltre a introdurre provvedimenti a tutela dell'azione sindacale e ampliare il meccanismo assicurativo contro gli infortuni sul lavoro del *Workmen's Compensation Act* <sup>(31)</sup>, istituiscono la pensione non contributiva per gli anziani indigenti dell'*Old Age Pensions Act* <sup>(32)</sup> e i benefici dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie e la disoccupazione di cui alle due parti del *National Insurance Act* del 1911 <sup>(33)</sup>. « The phrase in which this reform movement is most succinctly expressed — rias-

---

<sup>(30)</sup> Nel *Report of the Royal Commission on the Poor Laws* [Cd. 4499], pubblicato nel 1909, in contrapposizione al rapporto di maggioranza, più fedele ai valori del pluralismo e del libero mutualismo ma comunque innovativo, il *Minority Report* già postula gran parte delle mire accentratrici del futuro *Welfare State* tramite la proposta di una « public organization of labour market » (p. 1215) e di un servizio sanitario che, anticipando gli assunti del futuro NHS, « necessarily involves the gratuitous provisions medical treatment to all applicants » (p. 890).

<sup>(31)</sup> Se con il modello del *Workmen's Compensation Act* [1897], 60 & 61 Vict., c. 37, destinato a caratterizzare la tutela contro gli infortuni fino al piano Beveridge, si era istituito un regime di responsabilità quasi-oggettiva del datore per gli infortuni sul lavoro, il *Workmen's Compensation Act* [1906], 6 Edw. 7, c. 58, amplia tale responsabilità alle malattie professionali degli operai.

<sup>(32)</sup> *Old Age Pensions Act* [1908], 8 Edw. 7, c. 40.

<sup>(33)</sup> Il *National Insurance Act* [1911], 1 & 2 Geo. 5, c. 55, nella sua prima parte (ss. 1-83), istituisce un'assicurazione sanitaria obbligatoria per gran parte dei lavoratori dipendenti; la *Part II* (ss. 84-107), con lo stesso meccanismo obbligatorio, assicura contro la disoccupazione alcune categorie maggiormente esposte al rischio. 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. Si veda anche il recente lavoro di J. COOPER, *The British Welfare Revolution, 1906-14*, London, Bloomsbury Academic, 2019, sul quale si rimanda al nostro commento in questi « Quaderni », 49 (2020).

sume Hobson — is equality of opportunities »<sup>(34)</sup>. La *National Health Insurance*, sia pur seguendo formalmente l'esempio bismarckiano, sembra colorarsi di caratteri, ancorché non propriamente universalistici e in parte legati all'imperialismo bellico, esplicitamente rivolti a premiare assetti inclusivi e solidali opposti allo stigma associato all'assistenza dal *poor law code*. L'*Unemployment Insurance* è il primo esempio europeo della copertura nazionale di tale rischio; sembra pertanto incrinare il dogma della capacità del mercato di auto-regolarsi, permettendo alla Gran Bretagna di divenire la prima potenza capace di tutelare tutti i quattro principali rischi previdenziali, vale a dire, l'infortunio, la vecchiaia, la malattia e la disoccupazione<sup>(35)</sup>.

Contro la concezione bismarckiana e le successive vicende del *welfare* continentale, nelle quali i diritti sociali tendono a configurarsi come una mera concessione mossa dalle rivendicazioni popolari, ovvero come contropartita per il disfaccimento dei diritti politici<sup>(36)</sup>, la connessione tra diritti sociali e libertà democratiche rappresenta un archetipo tipicamente inglese<sup>(37)</sup>: la Gran Bretagna è, del resto, l'epicentro della resistenza della cittadinanza democratica minacciata dai venti belligeranti della cittadinanza totalitaria<sup>(38)</sup>. E altrettanto potrebbe dirsi per la teoria giuridica: contrariamente alla direttrice del *service public* francese, al comunitarismo di Weimar o alle riflessioni sul corporativismo in Italia, solo la Gran Bretagna risponde alla ventata del diritto sociale ragionando sulla libertà positiva, sulla eguaglianza-delle-opportunità,

---

(34) J.A. HOBSON, *The Crisis of Liberalism* (1909), Brighton, Harvester Press, 1974, p. 97, all'interno del capitolo dedicato alla « equality of opportunity » (pp. 96-113).

(35) 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.

(36) Sul divario tra diritti politici e sociali, J. ALBER, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat*, trad. it. *Dalla carità allo Stato sociale*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 246, ricorda come l'introduzione delle assicurazioni sociali sia stata spesso più rapida nei paesi di stampo autoritario-monarchico rispetto a quelli, come il Regno Unito, dalla grande tradizione parlamentare.

(37) Per un'efficace prospettiva riassuntiva su come « diritti sociali e diritti politici, appena al dila dell'idealtipo inglese, possono muoversi su orbite destinate a non incontrarsi », valgono le riflessioni di 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. La citazione è a p. 128.

(38) Utilizzando le categorie care a P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma, Laterza, 2001.

sulla *citizenship*. Sorge qui la consapevolezza che il crescente impegno dello Stato nella moltiplicazione dei servizi pubblici debba mirare a un osmotico equilibrio tra diritti sociali e libertà democratiche, alla mediazione tra individualismo e collettivismo, tra cultura giuridica liberale e socialista.

Tempio del socialismo fabiano e del gradualismo della sua filosofia, come è noto ben distante dalla conflittualità marxista che imperversa sul continente<sup>(39)</sup>, la *London School of Economics* (LSE) è il serbatoio che consolida tali mediazioni attorno al principio del « national minimum » coniato dai coniugi Webb: « la comunità deve, nel proprio interesse, imporre un minimo nazionale di istruzione, misure sanitarie, riposo e salario »<sup>(40)</sup>. Mirando a stabilire livelli essenziali di assistenza e *standards* nazionali di benessere sociale, il principio, oltre a ispirare il *Minority Report* della *Royal Commission*, a esemplificare l'embrionale vocazione universalistica della protezione sociale britannica e a offrire lo spunto per una mediazione tra le resistenze utilitariste e il nuovo umanitarismo, così come tra l'approccio idealistico e il tipico pragmatismo britannico<sup>(41)</sup>, contraddistingue la filosofia del Beveridge che dirige la LSE per quasi tutto il periodo fra le due guerre.

Non è casuale che, proprio negli anni della sua direzione, la riflessione sui diritti sociali sia alimentata da Harold Laski e dalla sua democrazia pluralista, chiamata a incentivare, all'insegna di una cittadinanza inclusiva, dell'indivisibilità dei diritti e di un *civic minimum* di protezione sociale, la necessaria azione redistributiva dello Stato, al contempo rinnegando il volontarismo proprio della *sovereignty* di austriana memoria: « citizenship — riassume Laski — may be impaired by manner in which the wealth of the community is distributed »<sup>(42)</sup>. Ereditando gli insegnamenti di Hobhouse, le riflessioni della

---

(39) Scrive S. WEBB, *The Basis of Socialism. Historic* (1889), in *Fabian Essays in Socialism*, B. Shaw (ed.), trad. it. *Saggi fabiani*, Roma, Editori Riuniti, 1990, p. 37: « la riorganizzazione sociale si realizza a poco a poco indirizzando lentamente e gradualmente il modo di pensare della gente verso i nuovi principi ». Per la necessaria contestualizzazione, E.J. HOBSBAWM, *The Age of Empire, 1875-1914*, trad. it. *L'età degli imperi. 1875-1914*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 99-130.

(40) Essenza della filosofia sociale degli Webb ed espressione dell'indirizzo della LSE sin dalla fondazione nel 1895, il principio del *national minimum* è spiegato in B. WEBB, S. WEBB, *Industrial Democracy*, trad. it. *Democrazia industriale: antologia degli scritti*, Roma, Ediesse, 1984, p. 244 e ss. La citazione è a p. 265.

(41) Sulle mediazioni della cultura giuridica liberale e socialista all'insegna del « progressive thought » e di una « evolutionary social theory », su tutti, M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford, University Press, 1992, pp. 105-125.

(42) H.J. LASKI, *Grammar of Politics* (1925), London, George Allen & Unwin, 1938, p. 151.

*Equality* di Tawney (43) — sulle quali si rinvia nuovamente al contributo di Goldman (44) — consolidano la mediazione tra le dottrine liberali e socialiste, che vanno ora combinandosi, in particolar modo agli occhi degli ammiratori italiani, nella dimensione unitaria del « socialismo liberale » e del « liberalsocialismo » (45), per poi giungere alle vette della compatibilità marshalliana tra diritti sociali e libertà democratiche.

È però indubbio che, oltre alla lunga influenza dell'idealismo e delle riforme *New Liberal* nel ridefinire gli assetti costituzionali dell'azione pubblicistica (46), nel periodo tra le due guerre assuma notevole rilevanza, come bene evidenzia il volume della *Oxford University*, e in particolare il saggio di Brian Harrison (47), il dibattito sulla pianificazione.

L'*interwar* produce dei rivolgimenti non trascurabili. Solo a partire dalla Grande guerra diverrà eclatante la crescita degli apparati amministrativi, saranno realmente percepibili le ambizioni redistributive dell'ordinamento, sarà visibile — lo nota Daniel Ritschel all'interno del volume in oggetto — un « economic revisionism » (48) promosso sull'onda delle tendenze pluralistiche radunate attorno alla filosofia corporativa del *guild socialism* e di George Douglas Howard Cole (49). Solo la Grande crisi e la pianificazione keynesiana apriranno i dibattiti del *Political and Economic Planning*, ispireranno le proposte in merito alla trasformazione della *National Health Insurance* nel *National Health Service*, nonché le riflessioni sull'economia mista di cui alla *Middle Way*

(43) R.H. TAWNEY, *Equality* (1931), trad. it. in Id., *Opere*, a cura di F. Ferrarotti, Torino, Utet, 1975.

(44) GOLDMAN, *Founding the Welfare State*, cit., pp. 44-59.

(45) Non è un caso che l'esempio inglese ispiri C. ROSSELLI, *Socialismo liberale* (1930), Torino, Einaudi, 1979, così come G. CALOGERO, *Primo manifesto del liberalsocialismo* (1940), ora in Id., *Difesa del liberalsocialismo ed altri saggi*, Milano, Marzorati, 1972.

(46) È di grande rilevanza il saggio di J. HARRIS, *Political Thought and the Welfare State 1870-1940: An Intellectual Framework for British Social Policy*, in « Past and Present », May 1992, pp. 116-141, citato più volte all'interno del volume curato da Goldman.

(47) B. HARRISON, *Planning in Modern Britain. Its History and Dimensions*, in *Welfare and Social Policy in Britain Since 1870*, cit., pp. 79-102.

(48) D. RITSCHER, 'Socialist Realism'. *The short Life of Left-Wing Economic Revisionism in the 1920s*, in *Welfare and Social Policy in Britain Since 1870*, cit., pp. 103-126.

(49) Basti qui il capitolo « the nature of the State » di G.D.H. COLE, *Self-government in Industry* (1917), London, G. Bell and Sons, 1920, pp. 119-148.

del futuro primo ministro conservatore Harold Macmillan <sup>(50)</sup>. A guardar bene, la Gran Bretagna partecipa alla grande trasformazione che declina, con diffusione internazionalmente capillare, il periodo tra le due guerre; tanto che lo Stato-imprenditore-del-sociale può a ragione essere considerato, nel farsi garante degli obiettivi di piena occupazione e del funzionamento sociale del ciclo economico, un momento storicamente indispensabile per il trasloco dal vecchio modello assicurativo al nuovo *Social Service State* <sup>(51)</sup>. La diffusione del termine 'piano' associato al *Beveridge Report* del '42 non può che comprovarlo.

Ciononostante, il volume curato da Goldman, ancorché attento nel riscoprire l'apporto della programmazione amministrativa, rischia, specie nel confronto con il continente, di sopravvalutarne la portata e la capacità descrittiva nel riassumere le trasformazioni dello Stato sociale britannico: le mire pianificatrici, quantomeno tra le due guerre, non conoscono una trasposizione normativa che non sia settoriale e assai frammentata. Manca ancora una riflessione giuridica capace di convogliarle in un sistema coerentemente definito e non dettato da qualche contingenza.

È difatti continua la dialettica tra *reaction* e *reconstruction* <sup>(52)</sup>, tra la decadenza inglese dal primato economico mondiale e le nuove mire della *planned economy*, tra l'apologia del *laissez-faire*, lampante nella resistente mitologia del *gold standard*, e il consolidamento dei diritti sociali, visibile nella progressiva estensione dello schema assicurativo contro la disoccupazione dei vari *Unemployment Acts* <sup>(53)</sup> e nella predisposizione della pensione contributiva del *Widows', Orphans' and Old Age Contributory Pensions Act* del 1925 <sup>(54)</sup>. E la perenne contraddizione tra i nuovi orizzonti dell'interventismo pubblico e il mito del ritorno all'equilibrio prebellico evidenzia come lo straordinario aumento della spesa pubblica e degli apparati amministrativi conviva con l'economicismo di vicende ben poco keynesiane, quali il monetarismo del ritorno churchilliano alla parità aurea e l'austerità finanziaria con cui

<sup>(50)</sup> H. MACMILLAN, *The Middle Way: A Study of the Problem of Economic and Social Progress in a Free and Democratic Society* (1938), ora in *Theories of the Mixed Economy*, D.A. Reisman (ed.), IV, London, Pickering, 1994, sembra già proporre nazionalizzazioni simili a quelle poi adottate dal *Labour*.

<sup>(51)</sup> Sul punto, A. LA SPINA, *Il modello normativo del Welfare State. Teoria della social policy in Gran Bretagna*, Palermo-São Paulo, Palma, 1983, pp. 60-65.

<sup>(52)</sup> Si veda, su tutti, P. THANE, *Foundations of the Welfare State*, London-New York, Longman, 1996, p. 129 e ss.

<sup>(53)</sup> L'*Unemployment Insurance Act* [1920], 10 & 11 Geo. 5, c. 30 è il primo di una lunga serie di provvedimenti che, con una rideterminazione pressoché annuale, tentano di temperare gli effetti della disoccupazione estendendone la tutela assicurativa.

<sup>(54)</sup> *Widows', Orphans' and Old Age Contributory Pensions Act* [1925], 15 & 16 Geo. 5, c. 70.

il *National Government* pretende di rispondere alla Grande crisi <sup>(55)</sup>. Resta indicativo che un piano di lavori pubblici per arginare i clamorosi livelli di disoccupazione, simile a quello in futuro adottato dal *New Deal* rooseveltiano, sia invano suggerito, dapprima da quel Lloyd George già ispiratore del riformismo dell'età edoardiana, e poi dal Mosley noto per l'ammirazione verso il corporativismo fascista <sup>(56)</sup>.

È in questi termini che i caratteri dell'« altra storia » tendono a rivelarsi. La coesistenza tra *reconstruction* e *reaction*, difatti, ricalca anche il rapporto tra i diritti sociali e il *Rule of Law*. Vero è che le spinte dei giuristi della LSE verso l'elargizione dei servizi sociali, guidate dalle riflessioni di Laski, oltre a inquinare il tradizionale strumentario individualistico formato da *property*, *contract* e *tort*, iniziano ad erodere le certezze della costruzione diceyana grazie alla teoria amministrativa di Robson e Jennings. È altrettanto vero che il sistema giudiziario, nel clima ideologico del *New Despotism* di Lord Hewart, gioca un ruolo corrosivo che ritarda l'evoluzione sociale dell'ordinamento <sup>(57)</sup>. Resta però la percezione che le Corti, arroccate nel loro fortino individualistico, confidando nella loro primazia derivante dal carattere rimediale e consuetudinario del diritto storico <sup>(58)</sup>, solo sporadicamente si preoccupino di ingaggiare lo scontro — citando il noto *Poplar case* — con gli « eccentrici principi di filantropia socialista » <sup>(59)</sup>. A fronte dell'alterco

---

<sup>(55)</sup> Si fa riferimento al ritorno al mitizzato valore prebellico della sterlina (4.86\$) voluto da Churchill con il *Budget* del 1925 e alla stretta sui benefici contro la disoccupazione decisa sulla base delle raccomandazioni del *May Committee* nel *Report of Committee on National Expenditure*, [Cmd. 3920], 1931.

<sup>(56)</sup> Una proposta di lavori pubblici è presentata da Lloyd George con l'indicativo titolo *We Can Conquer Unemployment*, London, Cassell and Company, 1929. Su Mosley e, più in generale, sulla riflessione corporativa in Gran Bretagna, si rimanda invece a V. TORREGGIANI, *Stato e culture corporative nel Regno Unito. Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della prima metà del XX secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 127 e ss.

<sup>(57)</sup> In particolare, si fa riferimento ai contributi, in netta opposizione alle denunce di Lord G. HEWART, *The New Despotism* (1929), London, Benn, 1945, di W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution* (1928), London, Stevens & Sons, 1951 e di W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution* (1933), London, University of London Press, 1948.

<sup>(58)</sup> Come nota H.W. ARTHURS, *Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business*, in « *Osgoode Hall Law Journal* », 17 (1979), 1, p. 9, se le attività dell'amministrazione, essenzialmente, « 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 ».

<sup>(59)</sup> Così in *Roberts v. Hopwood* [1925] A.C. 578, che dichiara illegittimo, perché contrario a ogni minima ragionevolezza, l'adeguamento salariale all'inflazione dei

americano tra il diritto e la politica sociale nella lunga stagione della *Lochner era* <sup>(60)</sup>, contro la conflittualità tra Stato di diritto e Stato sociale che sul continente, capitanata dalla pubblicizzazione della proprietà weimariana, tende a infrangere i confini individualistici del diritto privato fino a corrompersi negli assunti dello Stato totale <sup>(61)</sup>, il tendenziale disinteresse della *Common Law* tra le due guerre — chiarissimo tra l'*Arlidge* e il *Liversidge case* <sup>(62)</sup> — a interferire in questioni riservate all'amministrazione, consentendo al *Rule of Law* e al *Welfare State* di rimanere realtà non comunicanti e affatto distinte, riesce a garantire la loro, pur riluttante e contraddittoria, convivenza.

Così, nel proseguimento della tradizione del *private law constitutionalism* e nella conseguente assenza di uno statuto giuridico pubblico-stico <sup>(63)</sup>, solo l'edificante riorganizzazione del *Beveridge Report*, chiamata a rispondere, dopo i vani tentativi dell'*Unemployment Act* del 1934 <sup>(64)</sup>, alla persistente frammentazione delle prestazioni e alla loro disorganica erogazione tramite *means-tests* assai selettivi e spesso aleatori, costituirà la premessa per l'avvio di una riflessione sui *social rights* e sulla pianificazione sottesa al loro funzionamento <sup>(65)</sup>. Una riflessione affidata principalmente ai dibattiti della LSE, ossia alle opposte soluzioni avanzate dalla celebre *Road to Serfdom* di Friedrich August von Hayek e dalla *Social*

---

dipendenti del distretto di *Poplar*. Sembra 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.

<sup>(60)</sup> D'obbligo citare E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (1921), trad. it. *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo della costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1996, soprattutto p. 58 e ss. Si veda inoltre D.R. ERNST, *Tocqueville's Nightmare. The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, New York, Oxford University Press, 2014.

<sup>(61)</sup> Sulla « incursione del sociale » nei lunghi itinerari della dimensione giuridica continentale, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 139 e ss.

<sup>(62)</sup> Rispettivamente, *Local Government Board v. Arlidge* [1915] A.C. 120 e *Liversidge v. Anderson* [1942] A.C. 206, che, sia pur su fattispecie assai diverse, si rifiutano di interferire in questioni riservate alla diceyana sovranità parlamentare.

<sup>(63)</sup> Cfr. 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 », I (1965), pp. 95-118.

<sup>(64)</sup> *Unemployment Act* [1934] 24 & 25 Geo. 5, c. 29.

<sup>(65)</sup> Si noti che solo nel 1944, nel *White Paper* sulla *Employment Policy* [Cmd. 6527], « the Government accept as one of their primary aims and responsibilities the maintenance of a high and stable level of employment after the war ».

*Citizenship* marshalliana <sup>(66)</sup>, ma che inizia a coinvolgere voci — si pensi alla *Freedom under the Law* di Lord Denning e alla *Law and Social Change in Contemporary Britain* di Wolfgang Friedmann <sup>(67)</sup> — più inclini ad un approccio squisitamente giuridico.

### 3. ... e della crisi.

È ancora nel confronto con l'esperienza continentale che il volume oxoniense sembra offrire i migliori spunti: anche le pagine relative alla crisi dello Stato sociale aiutano il giurista a intuire aspetti che, forse a torto, non vengono solitamente valorizzati per descriverne l'involutione.

Le criticità dell'universalismo britannico, dapprima, appaiono segnate dalla elefantiasi dell'amministrazione burocratica, foriera di inefficienze e sacche clientelari <sup>(68)</sup>. Non è un caso che i primi riferimenti alla crisi del *Welfare State* siano rintracciabili, sin dagli anni Cinquanta, nei dibattiti sulle storture burocratiche del *National Health Service*, manifesto principe delle nazionalizzazioni laburiste: tutta la vicenda del NHS vive nel sempiterno dissidio tra l'amministrazione centrale e i servizi di competenza delle autorità locali, nelle assidue dispute tra centro e periferia, il cui contrasto è simbolo del più vasto dilemma tra l'uniformità nazionale delle prestazioni, imposta dai diritti sociali di cittadinanza, e il decentramento, richiesto dalla democrazia pluralista. Criticità avvertite anche dalla scienza giuridica più vicina al laburismo: « the modern state, with its huge units of organization, is inherently totalitarian, and its natural tendency is towards despotism. These tendencies — continua Richard Crossman riformulando, nel suo *Socialism and the New Despotism* del 1956, le categorie di Lord Hewart — can only be held in check if we are determined to build the constitutional safeguard of freedom and personal responsibility » <sup>(69)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> Seppur nei loro differenti approcci, F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom* (1944), trad. it., *Verso la schiavitù*, Milano-Roma, Rizzoli, 1948 sembra giungere a conclusioni esattamente opposte a quelle di MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, cit.

<sup>(67)</sup> Rispettivamente, A. DENNING, *Freedom Under Law* (1949), London, Stevens, 1986 e W. FRIEDMANN, *Law and Social Change in Contemporary Britain*, London, Stevens, 1951.

<sup>(68)</sup> All'« impenetrabile burocrazia » del welfare britannico descritta da R. LOWE, *A Prophet Dishonoured in his Own Country?*, in *Beveridge and Social Security: An International Retrospective*, J. Hills, J. Ditch, H. Glennerster (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 131, risponde il « bizantinismo » dell'amministrazione sociale evidenziato da H. GLENNERSTER, *British Social Policy Since 1945*, Oxford, Blackwell, 1995, p. 129.

<sup>(69)</sup> R.H.S. CROSSMAN, *Socialism and the New Despotism*, in « Fabian Tract », 1956, 298, p. 24.

Tali rischi rivelano come l'universalismo viva, sin da subito, tra le necessità dell'accentramento amministrativo, rivolto ad assicurare l'eguaglianza attraverso l'uniforme erogazione delle prestazioni sociali, e quella del decentramento pluralista, imposto dall'esigenza, insita nello stesso universalismo, di garantire lo sviluppo democratico e il più ampio esercizio delle libertà<sup>(70)</sup>. In questo senso, lo stesso Marshall, sebbene guardi alla programmazione centralizzante come uno strumento indispensabile per la realizzazione della sua cittadinanza sociale, resta un « reluctant planner »<sup>(71)</sup> sempre intento a valorizzare l'importanza nodale della partecipazione delle forze pluraliste alla vita economica.

Si notino i limiti che, anche per Beveridge, l'amministrazione di prestazione non avrebbe dovuto valicare: la protezione sociale del suo *Report*, sebbene debba avvalersi di una *Full Employment in a Free Society*<sup>(72)</sup> per garantire il suo corretto funzionamento<sup>(73)</sup>, non si sarebbe spinta fino a compromettere, attraverso l'eccessiva azione burocratica dei servizi sociali, la *Voluntary Action*, il pluralismo della libera iniziativa dei cittadini, il loro spirito di intrapresa e mutuo soccorso: lo Stato — scrive Beveridge — « dovrebbe in ogni campo della sua crescente attività servirsi dove può, senza distruggere la loro indipendenza ed il loro spirito, di enti volontari per il progresso sociale nati dalla coscienza sociale »<sup>(74)</sup>.

Presto, invece, la montante complessità amministrativa, nelle trappole dell'assistenzialismo, nei dilemmi della nozione di povertà

(70) È il « paradosso dello Stato sociale » già individuato da A. BALDASSARRE, *Lo Stato sociale. Una forma in evoluzione*, in *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre, A.A. Cervati, Roma-Bari, Laterza, 1982, pp. 25-86.

(71) MOSES, *The Reluctant Planner*, cit., pp. 127-144. Sul valore del pluralismo, è altresì utile J. DAVIS, *Reshaping the Welfare State? Voluntary Action and Community in London, 1960-1975*, sempre in *Welfare and Social Policy Since 1870*, cit., pp. 197-212.

(72) Noto anche come il 'secondo' rapporto di W.H. BEVERIDGE, ossia *Full Employment in a Free Society* (1944), trad. it. *Relazione su l'impiego integrale del lavoro in una società libera*, Torino, Einaudi, 1948.

(73) Come ricorda HARRIS, *William Beveridge*, cit., p. 331, per Beveridge, economista tradizionale che da sempre nutriva grandi dubbi sulla teoria del moltiplicatore keynesiano, la lettura della *General Theory* era stata una « shattering experience ». Si avvicina a Keynes solo nei mesi immediatamente precedenti alla pubblicazione del *Report*, fino a chiedergli, nel marzo del '42, un parere sullo schema di finanziamento del piano che stava formulando. Sul punto anche M.C. MARCUZZO, *Whose Welfare State? Beveridge versus Keynes*, in *No Wealth but Life: Welfare Economics and the Welfare State in Britain, 1880-1945*, R.E. Backhouse, T. Nishizawa (eds.), Cambridge, University Press, 2010, pp. 193-198.

(74) Così nel cosiddetto 'terzo' rapporto di W.H. BEVERIDGE, *Voluntary Action* (1948), trad. it. *L'azione volontaria*, Milano, Edizioni di Comunità, 1954, p. 278.

relativa e nelle opulenze della *Affluent Society* (75), apparirà sempre più incompatibile con il *welfare* ‘minimo’ Beveridgeano, postulante il riconoscimento di diritti sociali universalistici, ma di fatto limitati, coerentemente con la tradizione del *national minimum* e con l’austerità delle condizioni post-belliche, alle prestazioni essenziali (76). L’aumento della spesa pubblica e la progressiva crescita dell’amministrazione burocratica diverranno gradualmente espressione delle classi medie, pregiudicando, in risposta ai fenomeni del *tax backlash*, le mire redistributive caratteristiche dell’affermazione del *Welfare State*: l’ordinamento inizia a servirsi del finanziamento della protezione sociale come leva tributaria per contenere l’innalzamento delle aliquote delle imposte dirette e, pertanto, arginare i fenomeni di rivolta fiscale (77). Di qui il cammino verso la selettività dell’assistenza, diretta a colmare, con la sua maggiore efficacia redistributiva rispetto all’universalismo, le incapacità del sistema tributario di rispondere alla moltiplicazione delle prestazioni sociali e alla crescita della spesa corrente.

Ben prima dell’avvento della stagione neoliberista, anzi, in anni nei quali si assiste, anche a livello internazionale, a una montante programmazione statale della vita economica ed a un vertiginoso aumento della spesa sociale, è già aspro — come ricorda il saggio di Ben Jackson — il dibattito tra selettività e universalismo, fazioni rispettivamente capitanate dall’hayekiano *Institute of Economic Affairs* e da Richard Titmuss assieme agli altri cultori del modello Beveridgeano riuniti alla LSE (78). Rinnegando la lunga traiettoria idealistica della libertà-eguale cui il *welfare* novecentesco era ispirato, si riapre il divario tra indirizzo e garanzia, riemergono *Two Concepts of Liberty* (1958), due nozioni di libertà diverse e incompatibili nella loro natura: per

---

(75) J. K. GALBRAITH, *The Affluent Society*, New York-Toronto, The New American Library, 1958.

(76) Si veda, almeno, B. ABEL-SMITH, *The Beveridge Report: Its Origins and Outcomes*, e P. BALDWIN, *Beveridge in the Long Durée*, entrambi in *Beveridge and Social Security*, cit., rispettivamente alle pp. 10-22 e 37-55.

(77) La netta separazione tra protezione sociale e sistema fiscale, che caratterizzava l’architettura Beveridgeana, ne risulta inquinata: il principio dell’uguaglianza contributiva (*flat-rate*), derivante dallo schema di finanziamento del *National Insurance Act* del 1911, nonché strenuamente difeso e riproposto da Beveridge all’interno del suo *Report*, verrà progressivamente abbandonato a vantaggio di benefici previdenziali proporzionati ai redditi. Cfr. S. GIUBBONI, *Il finanziamento della sicurezza sociale in Gran Bretagna*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 61 (1994), pp. 101-141.

(78) B. JACKSON, *Richard Titmuss versus the IEA: The Transition from Idealism to Neo-Liberalism in British Social Policy*, in *Welfare and Social Policy in Britain Since 1870*, cit., pp. 147-161.

Berlin, appena subentrato a Oxford al posto di Cole, la libertà positiva è solo « un altro approccio storicamente importante a questo tema che, confondendo la libertà con le sue sorelle, l'uguaglianza e la fraternità, arriva a conclusioni altrettanto illiberali » (79). Opportunamente, dunque, il saggio di Edmund Neill svela come sia ormai percepibile l'affermazione di una rinnovata visione libertaria dello Stato, sulla scorta delle teorie dei « conservative thinkers » e delle riflessioni di Michael Oakeshott, proluse dalla cattedra ereditata da Laski (80).

Certo, la stagione thatcheriana mostra come la dogmatica dei diritti sociali sia straordinariamente condizionata dal tracollo dello Stato fordista, da una continua strategia di *retrenchment*, dalla forza d'urto dell'ondata privatizzante (81); elementi che sembrano davvero travolgere lo strumentario dello Stato keynesiano-beveridgiano e la « demercificazione » (82) che questo è chiamato a produrre. Anche il contributo di Mark Bevir — che chiude il volume più volte citato — segnala il formarsi, proprio a partire dal 1979, di una « new governance » (83) che non poco ha modificato lo spirito del modello buro-

(79) I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* (1958), in Id., *Liberty*, H. Hardy (ed.), trad. it. *Libertà*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 205.

(80) E. NEILL, *Conservative Thinkers and the Post-War State, 1945-79*, in *Welfare and Social Policy in Britain Since 1870*, cit., pp. 162-177. Nello stesso volume, cfr. M. GRIMLEY, *You Got an Ology? The Backlash against Sociology in Britain, c. 1945-90*, pp. 178-193.

(81) Il motto reaganiano « il governo non è la soluzione, il governo è il problema » sembra concretizzare il rapporto descritto da M. FRIEDMAN tra *Capitalism and Freedom*, trad. it. *Efficienza economica e libertà*, Firenze, Vallecchi, 1967, in particolare pp. 25-66; e ciò nel presunto convincimento dell'assenza di *Social Limits to Growth*, citando il lavoro, fortemente criticato dalle voci neolibériste, di F. HIRSCH, trad. it. *I limiti sociali allo sviluppo*, Milano, Bompiani, 1981. Per gli scenari di quegli anni, restano altresì indispensabili J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, trad. it. *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, Einaudi, 1979 e P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, trad. it. *Lo Stato provvidenza tra liberalismo e socialismo*, Roma, Armando, 1984.

(82) Si ricordi che, superando le citate classificazioni di Titmuss, G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity, 1990 utilizza come indicatore generale per l'analisi comparata dei sistemi di *welfare* il parametro polanyano della « demercificazione », ossia l'attitudine dell'ordinamento a dirigere l'economia orientandola ai valori della protezione sociale.

(83) M. BEVIR, *A New Governance. Hierarchies, Markets, and Networks*, c. 1979-2010, in *Welfare and Social Policy in Britain Since 1870*, cit., pp. 213-228. Sulle complessità del sistema scolastico in questi anni, è utile, sempre all'interno dello stesso volume, W. WHITE, *Private Benefit, Public Finance? Student Funding in Late Twentieth-Century Britain*, pp. 60-75.

cratico, senza però riuscire ad arginarne le storture, sempre più immerse nel proliferare delle esigenze di regolazione <sup>(84)</sup>.

Osservando le mille articolazioni della riflessione britannica e dei vari « genres of welfare history » <sup>(85)</sup> che ne colorano la vicenda, ci pare peraltro possibile scorgere aspetti della crisi del *Welfare State* non interamente riassumibili con l'avvento delle strategie di privatizzazione e il crollo della pubblicizzazione amministrativa. Analizzato alla luce della consapevolezza delle trame continentali, il caso britannico offre chiavi interpretative utili: persino in una realtà nella quale la stagione neoliberista ha avuto un impatto così dirompente negli assetti sociali dell'ordinamento (tanto da poterne legittimamente esaltare i tratti paradigmatici, eleggendola a emblema internazionale di una nuova filosofia amministrativa basata sul modello competitivo e su un'arcigna selettività dell'assistenza), la crisi dello Stato sociale appare storicamente più profonda rispetto a come viene solitamente dipinta, giacché, lungi dall'essere riconducibile unicamente al contenimento dei bilanci statuali e alla privatizzazione delle funzioni amministrative, appare radicata — anche e soprattutto — nelle criticità della moltiplicazione dei diritti, nelle aspettative crescenti dei cittadini, nella distribuzione fiscale del finanziamento della spesa pubblica, in una partita doppia di concatenazioni tra pubblico e privato, all'interno di un rapporto intriso del contesto culturale di cui il diritto, inevitabilmente, si nutre. Seri ammonimenti per tempi nei quali, in reazione alle crisi pandemiche ed economiche, in molti propongono un ritorno a forme di pubblicizzazione in nome dei valori dello Stato sociale.

---

<sup>(84)</sup> Sui percorsi storici della regolazione, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 520 e ss., A. LA SPINA, G. MAIONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 7-60 e SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 202-225.

<sup>(85)</sup> GOLDMAN, *Introduction*, cit., pp. 1-10.

MASSIMILIANO TRAVERSINO DI CRISTO

« PERCHÉ CERCARE FILOSOFIA NEI PASTORI? ».  
DIRITTO E SAPERI UMANISTICI AGLI ALBORI  
DELL'ETÀ MODERNA

(A proposito di alcuni recenti studi su Alberico Gentili <sup>(1)</sup>)

1. Alberico Gentili: uno sguardo d'insieme alla letteratura scientifica. — 2. Gentili giurista: la pace in quanto fine della guerra. — 3. Gentili giurista: alcuni spunti biografici e letterari. — 4. Il ruolo della teologia in Gentili: il *De papatu Romano Antichristo* e il suo valore non episodico. — 5. Gentili umanista: il *Lectionis virgilianae variae liber* al figlio Roberto. — 6. Gentili e la sua eredità all'età successiva. — 7. Qualche considerazione ulteriore: Gentili uomo del Cinquecento, in anticipo sui tempi.

1. *Alberico Gentili: uno sguardo d'insieme alla letteratura scientifica.*

Partendo dal rapporto dell'opera di Alberico Gentili con quella di Jean Bodin, Diego Quagliani ha recentemente richiamato l'affinità di metodo tra i due autori, sottolineando come le dottrine gentiliane ereditino il « comparatisme juridique à base historique » di quelle bodiniane e la loro « recherche globale d'une science du droit comme

---

<sup>(1)</sup> ALBERICI GENTILIS *De papatu Romano Antichristo*, recognovit e codice autographo Bodleiano D'Orville 607 G. Minnucci, Milano, Monduzzi, 2018; *Alberico e Scipione Gentili nell'Europa di ieri e di oggi. Reti di relazioni e cultura politica*. Atti della Giornata Gentiliana in occasione del IV centenario della morte di Scipione Gentili (1563-1616), San Ginesio, 16-17 settembre 2016, a cura di V. Lavenia, Macerata, EUM, 2018; *Alberico Gentili e lo "jus post bellum". Prospettive tra diritto e storia*. Atti del convegno della XVIII Giornata Gentiliana, San Ginesio, 21-22 settembre 2018, a cura di L. Lacchè e V. Lavenia, Macerata, EUM, 2020; A. GENTILI, *Libro di varie letture virgiliane al figlio Roberto (Lectionis virgilianae variae liber. Ad Robertum filium, Hanau 1603)*, intr., trad. e note F. Iurlaro, Macerata, EUM, 2020; S. COLAVECCHIA, *Alberico Gentili e l'Europa. Storia ed eredità di un esule italiano nella prima età moderna*, Macerata, EUM, 2018. Per ragioni di opportunità, si precisa che ogni riferimento del presente testo al cognome « Gentili », quando non accompagnato dal nome, sarà da associarsi ad Alberico.

science des universaux à base historique » (2). Le considerazioni di Quagliani ci consentono di evocare, in termini più generali, la stretta parentela che nella prima età moderna caratterizza i rapporti tra il diritto e gli altri saperi umanistici. Posta a cavallo tra l'epoca medioevale e quella moderna, la riflessione di Gentili assume in proposito un valore paradigmatico per l'osmosi disciplinare che caratterizza la sua opera, giustificando al contempo un approccio 'globale' e non settoriale nei suoi confronti.

Nel presentare per grandi linee la letteratura scientifica su Gentili, occorre innanzitutto rilevare che il campo in cui egli esercitò il suo contributo più significativo è quello dello *ius gentium*, progenitore del diritto internazionale moderno. Fin dalla riscoperta di Gentili operata da Thomas Erskine Holland negli ultimi decenni dell'Ottocento, la critica ha anzi teso a inserirlo tra i padri del diritto internazionale (3). Un simile indirizzo interpretativo trova fondamento nella principale opera scritta da Gentili, il *De iure belli*, la cui prima edizione fu data alle stampe nel 1598, quasi trent'anni prima del fondamentale *De iure belli ac pacis* di Ugo Grozio (4). La dimensione internazionalistica *ante litteram* di Gentili è centrale per comprendere il ruolo che egli giocò nel

---

(2) D. QUAGLIONI, *Le comparatisme historique d'Alberico Gentili (1552-1608)*, in « Revue des sciences philosophiques et théologiques », 102 (2018), 2, pp. 251-262, rispettivamente pp. 251 e 254.

(3) T. ERSKINE HOLLAND, *An Inaugural Lecture on Albericus Gentilis: Delivered at All Souls College, November 7, 1874*, Londra, Macmillan and Co., 1874, rip., con aggiornamenti, in Id., *Studies in International Law*, Aalen, Scientia, 1979 (rist. anastatica dell'ed. or. Oxford, Clarendon, 1898), pp. 1-39. Sul testo dello Holland, v. P. HAGENMACHER, *Grotius and Gentili: A Reassessment of Thomas E. Holland's Inaugural Lecture*, in *Hugo Grotius and International Law*, a cura di H. Bull, B. Kingsbury, A. Roberts, Oxford, Clarendon, 1990, pp. 133-176, successivamente tradotto in italiano con il titolo *Grozio e Gentili: una nuova valutazione della prolusione di Thomas E. Holland*, trad. L. Bevilacqua, T. Opocher e F. Todescan, in « *Silete theologi in munere alieno* ». *Alberico Gentili e la Seconda Scolastica*. Atti del convegno internazionale, Padova, 20-22 novembre 2008, a cura di M. Ferronato e L. Bianchin, Padova, Cedam, 2011, pp. 351-396.

(4) Sul rapporto tra l'opera gentiliana e quella groziana, oltre ai due studi di P. Hagenmacher, citati in nota 3, v., dello stesso autore, *Il diritto della guerra e della pace di Gentili. Considerazioni sparse di un "Groziano"*, in *Il diritto della guerra e della pace di Alberico Gentili*. Atti del Convegno Quarta Giornata Gentiliana, San Ginesio, 21 settembre 1991, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 7-54. Sul rapporto tra i due autori relativamente a un aspetto più circoscritto, costituito dal tema del *mare liberum*, v. D. PANIZZA, *The "Freedom of the Sea" and the "Modern Cosmopolis" in Alberico Gentili's "De Iure Belli"*, in « *Grotiana* », 30 (2009), 1, pp. 88-106; L. BENTON, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 104-161.

dibattito culturale del suo tempo, coincidente con il tardo Rinascimento e i primi decenni della Riforma. Si pensi, a titolo di esempio, alle posizioni gentiliane sulla colonizzazione delle Americhe e sulla liceità o meno di un atto di guerra da parte europea nei confronti dei popoli che vi abitavano. A partire da simili questioni, accanto al Gentili giurista e padre del diritto internazionale, la critica novecentesca ha approfondito diversi aspetti della sua riflessione politica, storica, antropologica, etica e religiosa. Diverse delle questioni affrontate — come il cosmopolitismo, la tolleranza e l'adesione alla Riforma — non sono fin qui state trattate dalla critica in maniera sistematica, sebbene negli ultimi decenni si siano mossi passi in tal senso. Se ciò è stato possibile, un merito particolare è da ascrivere ad un centro studi fondato nei primi anni Ottanta del Novecento nella città natale di Gentili, San Ginesio, e a lui intitolato: il Centro internazionale di studi gentiliani. Le attività di quest'ultimo hanno trovato espressione in diverse pubblicazioni, tra cui l'edizione critica, con traduzione italiana, del *De iure belli*, alcune monografie e i volumi contenenti gli atti di una serie di convegni a cadenza biennale, articolati in sessioni volte a discutere le idee di Gentili in ottica storico-giuridica e con attenzione al diritto internazionale contemporaneo <sup>(5)</sup>.

Volendo trovare un denominatore comune alla letteratura critica che si è occupata della figura e dell'opera di Gentili negli ultimi decenni, è possibile individuarlo in una tendenza volta a promuoverne un'immagine di intellettuale ad ampio raggio che ricomprenda al suo interno — non limitandola — anche quella di giurista <sup>(6)</sup>. Di ciò danno prova le recenti edizioni di due opere di Gentili, il *De papatu Romano Antichristo* e il *Lectionis virgilianae variae liber*, e alcune altrettanto recenti pubblicazioni su diversi degli aspetti già richiamati nel presentare, per grandi linee, lo stato delle ricerche gentiliane. Nel prendere in esame queste pubblicazioni, partiremo da due volumi a tema più strettamente giuridico, per concentrarci in seguito sui citati *De papatu Romano Antichristo* e *Lectionis virgilianae variae liber* e su una monografia di Stefano Colavecchia dedicata a Gentili e alla sua eredità successiva.

---

<sup>(5)</sup> Per il *De iure belli*, A. GENTILI, *Il diritto di guerra (De iure belli libri III, 1598)*, intr. D. Quaglioni, trad. P. Nencini, apparato critico Ch. Zendri e G. Marchetto, Milano, Giuffrè, 2008; l'elenco costantemente aggiornato delle pubblicazioni dedicate a Gentili dal Centro internazionale di studi gentiliani è disponibile online, qui consultato il 29 gennaio 2021 (URL: <<https://www.unimc.it/cisg/it/biblioteca/pubblicazioni-del-cisg>>).

<sup>(6)</sup> Su Gentili in quanto intellettuale, mi sono recentemente concentrato per il mio *Alberico Gentili, giurista intellettuale della prima età moderna*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 51 (2021), 1, pp. 3-21.

## 2. *Gentili giurista: la pace in quanto fine della guerra.*

I due volumi più strettamente giuridici, intitolati *Alberico e Scipione Gentili nell'Europa di ieri e di oggi. Reti di relazioni e cultura politica* e *Alberico Gentili e lo 'jus post bellum'. Prospettive tra diritto e storia*, si riallacciano evidentemente al filone di studi tuttora preponderante nelle ricerche su Gentili, incentrato sul suo contributo, in quanto rappresentante dello *ius gentium*, alla riflessione internazionalistica moderna. Il primo di questi due volumi è nato da un convegno tenutosi in occasione del quarto centenario della morte di Scipione Gentili e dedica perciò più attenzione a lui che al fratello Alberico. Ciò detto, è indubbio che un chiarimento delle vicende biografiche e culturali di Scipione Gentili possa rivelarsi utile, quantomeno per via indiretta, anche per Alberico, soprattutto se si consideri il « fittissimo *network* di relazioni intellettuali, politiche e religiose » che videro protagonisti i fratelli Gentili « tra l'Inghilterra elisabettiana, le Province Unite, la Francia degli ugonotti e alcune aree della Germania protestante » (7). In ragione di questo elemento, l'apporto offerto da questo volume a una migliore conoscenza di Gentili consiste principalmente nel chiarire il quadro intellettuale, politico e religioso successivo alla sua fuga dall'Italia e legato all'esilio. Il secondo volume trae invece spunto dall'ultimo dei tre libri del *De iure belli*, dedicato all'analisi delle fasi conclusive della guerra e all'instaurazione della pace, per proporre una riflessione su come quest'ultima, in quanto epilogo degli eventi bellici, si ponga nel quadro dei rapporti tra stati secondo il punto di vista gentiliano e nel diritto internazionale attuale. Come per i precedenti volumi degli atti dei convegni del Centro internazionale di studi gentiliani, anche i due qui discussi sono divisi in una parte di argomento storico-giuridico e in una a vocazione contemporanea. Sennonché, mentre nel primo volume vi è un sostanziale equilibrio nello spazio dedicato alle due parti, nel secondo la parte contemporanea risulta prevalente su quella a carattere storico-giuridico, e ciò anche per l'inclusione in quest'ultima di un saggio — quello di Alessandro Colombo — in realtà più in linea con i testi della prima.

Prima di esaminare i due volumi in maggiore dettaglio, è utile discutere alcune criticità comuni ad entrambi — come pure, in realtà, ai precedenti volumi d'atti dei convegni gentiliani. Quello che in essi salta forse più all'occhio, data la loro centralizzazione sulla figura di Gentili a partire da un tema generale, è la presenza di contributi nei quali — al di là del valore intrinseco dei singoli argomenti trattati — manchi un qualsiasi riferimento all'uno o all'altro, mentre altrove un tale riferimento, pur presente, sembra assunto più a pretesto che a vero

---

(7) L. LACCHÈ, *Presentazione*, in *Alberico e Scipione Gentili nell'Europa di ieri e di oggi*, cit., pp. 5-14, p. 7.

e proprio tema di discussione <sup>(8)</sup>. Nel caso del volume commemorativo, occorre evidenziare un'ulteriore assenza: manca un saggio che si concentri sulla trattazione gentiliana del tema delle relazioni diplomatiche offerta nel *De legationibus*, che avrebbe senz'altro giovato al volume conferendogli maggiore organicità e completezza e che è invece citata solo marginalmente in qualche contributo <sup>(9)</sup>.

Soffermandoci sul primo caso per meglio chiarire il punto, possiamo porre a confronto i saggi di Eliana Augusti e Alessandro Colombo. Oltre alla richiamata assenza di riferimenti a Gentili, i due testi condividono un importante elemento, accennato nelle battute conclusive del saggio di Colombo e più sviluppato in quello di Augusti: l'attenzione all'impianto assiologico 'occidentale' nel suo rapporto con altri contesti storico-politici mondiali <sup>(10)</sup>. Il testo di Colombo ne tratta all'interno di un'analisi dell'efficacia chiarificatrice della categoria dello

---

<sup>(8)</sup> Mancano riferimenti a Gentili in E. AUGUSTI, *La giurisdizione consolare in Oriente: dal primato genovese alla sparizione. Spunti per una riflessione*, in Alberico e Scipione Gentili nell'Europa di ieri e di oggi, cit., pp. 153-189 e A. COLOMBO, *Tra riscoperta della guerra giusta e dissoluzione della guerra. La strada stretta dello "jus post bellum"*, in Alberico Gentili e lo "jus post bellum", cit., pp. 61-82. In relazione agli altri volumi d'atti dei convegni gentiliani, analogo discorso vale, ad esempio, per F. FRANCONI, *Twenty Five Years on: What is Left of the Rio Declaration on Environment and Development?* e L.C. LIMA, *The Use of Experts in Environmental Disputes before the International Court of Justice*, entrambi in Alberico Gentili. *Diritto internazionale e Riforma*. Atti del Convegno della XVI Giornata Gentiliana, San Ginesio, 19-20 settembre 2014, a cura di V. Lavenia, Macerata, EUM, 2017, rispettivamente pp. 15-29 e 31-54. Mancano invece riferimenti, perlomeno espliciti, al tema generale del volume in G. BARTOLINI, *Le riparazioni di guerra: da una prospettiva inter-statale ad una individuale*, in Alberico Gentili e lo "jus post bellum", cit., pp. 85-116. Non è infine accompagnata da una vera e propria discussione di Gentili la trattazione offerta nei saggi di M. WOOD, *Diplomatic Law Today: Alberico Gentili Would not Have Felt out of Place*, in Alberico e Scipione Gentili nell'Europa di ieri e di oggi, cit., pp. 191-204 e S. WORDSWORTH, *Some Thoughts on "jus post bellum" before Domestic and International Courts*, in Alberico Gentili e lo "jus post bellum", cit., pp. 157-169.

<sup>(9)</sup> Riferimenti al *De legationibus* nel volume Alberico e Scipione Gentili nell'Europa di ieri e di oggi, cit., sono contenuti nei saggi di F. FERRETTI, *"Picens hospes"*. Scipione Gentili interprete europeo della "Gerusalemme liberata", pp. 17-48, pp. 21 e 26; C. ZWIERLEIN, *Scipione and Alberico Gentili on Conspiracies around 1600: Tacitean Views on the "crimen leasae majestatis"*, pp. 49-89, p. 88; A. CLERICI, *"Maxima quaestio"*. Scipione Gentili, Alberico Gentili e la rivolta dei Paesi Bassi (1582-1587), pp. 91-126, p. 117; C. STORTI, *L'"officium legationis" in età moderna*, pp. 129-152, pp. 145, 149-150; WOOD, *Diplomatic Law Today*, cit., p. 194.

<sup>(10)</sup> COLOMBO, *Tra riscoperta della guerra giusta e dissoluzione della guerra*, cit., pp. 81-82 e AUGUSTI, *La giurisdizione consolare in Oriente*, cit.

*jus post bellum* per la discussione odierna sui limiti e la legittimità della guerra. Nella misura in cui l'attuale quadro internazionale, « più competitivo » di quello precedente, denota una « mancanza di consenso sui principi costitutivi della convivenza internazionale », esso minerebbe « sul nascere », secondo Colombo, « la possibilità di trovare un accordo su che cosa siano una guerra e una pace giuste »<sup>(11)</sup>. Diverrebbe così « probabile che la fiducia nella possibilità di ottenere una 'pace giusta' regredisca insieme alla fiducia americana ed europea nella capacità di 'plasmare l'ordine internazionale' », legandosi a un mutamento del « significato concreto delle parole e delle pratiche sociali » più rispondente alle trasformazioni in atto sulla scena geopolitica mondiale<sup>(12)</sup>. Il testo di Augusti tratta invece il punto a partire da un'analisi dell'importanza dell'istituto consolare nella storia dei rapporti euro-asiatici. Dedicando particolare attenzione all'esempio offerto dalla Repubblica di Genova in epoca moderna, Augusti sottolinea come il consolato si collochi inizialmente « nella missione di conquista ed evangelizzazione europea del XV secolo, come strumento, tra gli altri, di avanzamento territoriale dell'Occidente e di rivelazione e 'cognitione del vero Dio' alle genti 'barbare' »<sup>(13)</sup>. La questione serve da spunto a riflessioni in chiave storica più generale sul rapporto tra paesi occidentali e orientali, giungendo fino all'Ottocento e ai primi decenni del Novecento, in cui all'elemento evangelizzatore sul quale i primi fondavano, dichiaratamente e formalmente, la propria azione verso i secondi si sostituirebbe, nell'opinione di Augusti, un elemento 'civilizzatore': « In ragione di una convinzione progressista del diritto internazionale, ciò che prima era fuori perché non-cristiano, restava ora fuori perché 'semi-' o 'non-civile', a seconda del tipo di vicinanza dello Stato, comunque non-cristiano, alla cultura (e agli interessi) dell'Occidente »<sup>(14)</sup>. Al di là della differenza dei temi trattati, proprio in virtù dell'attenzione portata al quadro assiologico occidentale da entrambi gli autori, sia il saggio di Augusti sia quello di Colombo avrebbero tratto un sicuro giovamento da qualche considerazione su Gentili. Negli ultimi anni, il pensiero gentiliano è infatti stato associato a posizioni eurocentriche in ragione di un cosmopolitismo 'imperfetto' riscontrabile nelle opinioni espresse da Gentili sul rapporto tra la civiltà europea e quella nativo-americana<sup>(15)</sup>.

---

(11) COLOMBO, *Tra riscoperta della guerra giusta e dissoluzione della guerra*, cit., pp. 81-82.

(12) Ivi, p. 82.

(13) AUGUSTI, *La giurisdizione consolare in Oriente*, cit., p. 159.

(14) Ivi, p. 164.

(15) Su tali questioni, v. B. KINGSBURY, *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo: gli infedeli, gli indiani d'America e la sfida della differenza*, in *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo*. Atti del Convegno Settima Giornata Gentiliana, San Ginesio, 20 settembre

Lungi dall'essere un mero ossequio alla figura di Gentili, tali considerazioni avrebbero contribuito a mostrare la rilevanza del legame tra prima età moderna ed epoca contemporanea su temi quali la civiltà e l'opera di 'civilizzazione', religiosa o culturale, condotta (o meglio imposta) dai paesi occidentali nei diversi contesti territoriali soggetti alla loro azione coloniale.

Passando ora ad esaminare i contenuti propriamente gentiliani dei due volumi, quello sullo *jus post bellum* ci consente qualche osservazione sulla struttura generale dell'opera che più di ogni altra ha saputo attrarre l'attenzione degli studiosi, il *De iure belli*, e sulla sua utilità per una discussione che, a partire da Gentili, prenda in considerazione gli sviluppi più recenti degli studi internazionalistici. I due a carattere più storico-giuridico del volume, di Alain Wijffels e Luigi Nuzzo, rilevano entrambi come il concetto di *jus post bellum* sia centrale nell'economia del *De iure belli* in virtù della finalizzazione della guerra, secondo il punto di vista del suo autore, alla costruzione della pace<sup>(16)</sup>. Prima di dire qualcosa di questi due saggi, è utile evidenziare come l'esordio del capitolo 1 del libro III del *De iure belli* ripeta un'affermazione riportata già nel capitolo 5 del libro precedente, il II, secondo la quale « il fine della guerra è la pace »<sup>(17)</sup>. Se, di primo acchito, l'affermazione può sembrare paradossale, essa è in realtà supportata dalla struttura, ad essa coerente, dei tre libri dell'opera:

---

1997, a cura di B. Kingsbury, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 10-47 e, in questo stesso volume, D. PANIZZA, *Diversità culturale e diritto delle genti: alle origini del paradigma eurocentrico*, pp. 49-88. V. inoltre, sempre di Kingsbury, *Globalizzazione, sovranità e disuguaglianza*, in *Alberico Gentili nel quarto centenario del "De iure belli"*. Atti del Convegno Ottava Giornata Gentiliana, San Ginesio-Macerata, 26-28 novembre 1998, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 77-123 e, di Panizza, *Il cosmopolitismo e le sue aporie in Alberico Gentili*, in *Verità e dissimulazione. L'infinito di Giordano Bruno tra caccia filosofica e riforma religiosa*, a cura di M. Traversino, Napoli, Editrice Domenicana Italiana, 2015, pp. 295-307. Ho infine io stesso affrontato questi temi nei miei *Bruno e il Nuovo Mondo: la condizione degli indigeni e il "dibattito" con il Gentili*, in « Il pensiero politico », 44 (2011), 2, pp. 241-252; *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della "potentia Dei absoluta" in Giordano Bruno*, pref. D. Quaglioni, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 127-143; *Sovranità in controluce. Bruno, Gentili e il dibattito cinquecentesco sulla condizione dei nativi americani*, in *Verità e dissimulazione*, cit., pp. 411-505.

<sup>(16)</sup> A. WIJFFELS, *The "jus post bellum", Cornerstone of Gentili's "De iure belli"?*, in *Alberico Gentili e lo "jus post bellum"*, cit., pp. 17-35, in part. 17-22 e, in questo stesso volume, L. NUZZO, *Quando la guerra è finita. Quale diritto per una pace giusta?*, pp. 37-60, p. 52.

<sup>(17)</sup> GENTILI, *Il diritto di guerra*, cit., pp. 42 (lib. II, cap. 5) e 427 (lib. III, cap. 1).

laddove infatti il libro I indaga le ragioni per le quali possa ritenersi legittimo dichiarare una guerra e definirla ‘giusta’, il II prende in esame le condizioni in base alle quali la conduzione del conflitto sia da ritenersi anch’essa ‘giusta’ e il III, chiudendo il cerchio, si concentra sulla conclusione delle ostilità e ricerca al contempo una definizione di pace che possa, anche in questo caso, dirsi ‘giusta’. Si tratta di un filo logico atto a comprendere quali siano le origini dei conflitti, che, in virtù di un generale rifiuto della guerra da parte di Gentili, andranno individuate nella rottura di una pregressa situazione di equilibrio nei rapporti tra stati, equilibrio ristabilito il quale le parti dovranno cessare le ostilità. È ancora l’*incipit* del capitolo 1 del libro III a dare ragione di una simile trattazione: « Finora », afferma Gentili, « ci siamo occupati del diritto riguardante l’inizio e la conduzione della guerra, ora rimane da vedere cosa dice il diritto riguardo al modo di porvi fine »<sup>(18)</sup>.

È significativo che la tripartizione tematica evocata in questa affermazione mostri affinità con la più recente trattazione internazionalistica sul tema della guerra, anch’essa caratterizzata da una suddivisione dell’analisi in tre distinte fasi successive: quelle dello *jus ad bellum*, dello *jus in bello* e dello *jus post bellum*<sup>(19)</sup>. Che cosa quest’ultima fase — la cui validità è ora posta in discussione, ora trascurata del tutto, ora ‘semanticamente’ e ‘logicamente’ ripensata dagli autori di questo primo volume gentiliano<sup>(20)</sup> — significhi e quale ne sia la relazione con le due precedenti è ben spiegato in uno studio di Roxana Vatanparast: « *Jus post bellum* has been a subject largely neglected in contemporary international law until recently. [...] While the turn of international legal scholars’ attention to a potential new legal framework that applies to the post-conflict phase is relatively recent, the concept is hardly new. Until the recent focus on the legal dimensions of this framework, *jus post bellum* was considered a moral paradigm and the third part of just war theory, with rules governing going to war (*jus ad bellum*) and conduct during hostilities (*jus in bello* or international humanitarian law) being the first and second parts »<sup>(21)</sup>. Vatanparast tratta anche

<sup>(18)</sup> Ivi, p. 427.

<sup>(19)</sup> Ma sull’opportunità di un ripensamento di questa tripartizione degli studi internazionalistici attuali, v. M. PERTILE, *Mettere in discussione la stabilità delle situazioni territoriali illecite: l’obbligo di non riconoscimento nella prospettiva dello “jus post bellum”*, in Alberico Gentili e lo “jus post bellum”, cit., pp. 117-155, pp. 133-135.

<sup>(20)</sup> NUZZO, *Quando la guerra è finita. Quale diritto per una pace giusta?*, cit., p. 37; COLOMBO, *Tra riscoperta della guerra giusta e dissoluzione della guerra*, cit., pp. 61-70; PERTILE, *Mettere in discussione la stabilità delle situazioni territoriali illecite*, cit., pp. 127-139.

<sup>(21)</sup> R. VATANPARAST, *Waging Peace: Ambiguities, Contradictions, and Problems of a “Jus Post Bellum” Legal Framework*, in “Jus Post Bellum”: Mapping the Normative

delle cause della crescente attenzione allo *jus post bellum* da parte della critica: « The revival in international law of the old concept of *jus post bellum* appears to be happening partly because of the recent fascination with governing peacemaking through law [...] as well as the recognition among some scholars that a gap in the international legal framework governing the post-conflict phase exists, especially relative to the more developed frameworks of *jus ad bellum* and *jus in bello* » (22).

Tornando al volume gentiliano, Wijffels sottolinea l'importanza del concetto di *jus post bellum* per Gentili definendolo la « pietra angolare » (*cornerstone*) della sua intera trattazione sul diritto di guerra (23). La ragione della centralità del tema dipende, secondo Wijffels, dalle convinzioni nutrite da Gentili sul ruolo da protagonisti che i giuristi di diritto civile, in quanto « political councillors », erano chiamati a giocare nello sviluppo della *public governance* del loro tempo (24). Wijffels sottolinea come, per svolgere un simile ruolo, il giurista della prima età moderna dovesse ricorrere a basi argomentative e dottrinarie non limitate alle fonti giustiniane, bensì estese ai campi della morale e della religione, così ridimensionando il raggio di azione dei teologi (25). Ciò è ravvisabile, a titolo di esempio, nei capitoli 14 e 19 del libro III, relativi rispettivamente ai trattati che concludono la guerra instaurando la pace e all'opportunità di concludere i trattati stessi tra parti di diversa confessione religiosa, nei quali Gentili ricorre a fonti bibliche e patristiche comuni ai teologi per esporre le proprie posizioni (26). Una prova forse più significativa dell'ampliamento di competenza rivendicato da Gentili per i giuristi è offerta dal capitolo 13 dello stesso libro III, sul tema dell'instaurazione di una pace duratura. Per essere tale, pur riconoscendo al vincitore una discrezionalità assai ampia sulle condizioni da imporre al vinto, il nuovo ordine impartito doveva perlomeno rispettare, secondo Gentili, i limiti imposti dallo *ius naturae* e dallo *ius gentium*, ovvero non condurre a un'eccessiva limitazione delle libertà del vinto. Solo in questo modo, la pace sarebbe stata avvertita come 'giusta' anche dalla parte soccombente in un conflitto e, in ragione di ciò, minori sarebbero stati i rischi che essa

---

*Foundations*, eds C. Stahn, J.S. Easterday, J. Iverson, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 142-160, p. 143.

(22) Ivi, p. 144.

(23) Il riferimento è qui al titolo del saggio di WIJFFELS, *The "jus post bellum", Cornerstone of Gentili's "De iure belli"?*, cit., p. 17. Il punto è già notato in LACCHÈ, *Presentazione*, in *Alberico Gentili e lo "jus post bellum"*, cit., pp. 5-13, p. 8.

(24) Per la citazione, WIJFFELS, *The "jus post bellum", Cornerstone of Gentili's "De iure belli"?*, cit., p. 18.

(25) Ivi, p. 21.

(26) Ivi, pp. 29-30.

rappresentasse una minaccia futura per il vincitore (27). Quest'ultimo argomento serve a Wijffels per discutere anche una questione più generale, consistente nell'individuare fino a che punto il giurista potesse spingersi, per Gentili, nel suo ruolo di consigliere del principe, una questione « all the more pressing in the light of Gentili's acceptance of an absolute monarchy as a model of [...] government » (28).

Spostandoci al saggio di Nuzzo, esso ci fa innanzitutto tornare in mente le osservazioni di Vatanparast sulle origini recenti dello *jus post bellum* in quanto categoria. Sulla validità di quest'ultima Nuzzo esprime scetticismo e, constatato che essa fosse « sconosciuta allo stesso Gentili e ai giuristi del suo tempo », si propone di discuterne ripercorrendo il tema a ritroso, a partire cioè dal dibattito odierno per arrivare a Gentili (29). Se, da un lato, « l'intera storia del diritto internazionale moderno può », secondo Nuzzo, « essere ri-raccontata assumendo la guerra come paradigma narrativo », dall'altro si pone la difficoltà di « discutere di *jus post bellum* da una prospettiva storico-giuridica » dal momento che « [i]n cosa [esso] consista, quando inizi o quando finisca [...] non è per nulla chiaro » (30). Per risolvere questa difficoltà, Nuzzo propone una visione 'estesa' dello *jus post bellum*, i cui confini temporali vadano cioè oltre la conclusione del trattato di pace, fino a « che persistano le condizioni che hanno originato la guerra » (31). Una tale visione pone l'accento sui doveri della parte vincitrice del conflitto nei confronti del vinto: « Arriviamo così al cuore del problema posto dallo *jus post bellum*, cioè al rapporto tra diritto e morale. [...] L'unica differenza allora rispetto alle altre due categorie che lo precedono (*jus ad bellum* / *jus in bello*) è che lo *jus post bellum* riguarda il futuro e si relaziona in modo diretto con la pace » (32). Queste affermazioni chiamano nuovamente in causa la definizione gentiliana della pace in quanto 'fine' o scopo della guerra come pure quanto visto della struttura ad essa coerente del *De iure belli*. Nel toccare le cause della guerra secondo Gentili, Nuzzo ne discute le posizioni relativamente all'opportunità di muovere un conflitto contro i Turchi e contro i nativi americani. Un esame più approfondito della letteratura sull'argomento avrebbe forse giovato all'analisi dell'autore sul punto, offrendogli un

---

(27) Tale è il senso del passo del *De iure belli*, lib. III, cap. 13, citato in WIJFFELS, *The "jus post bellum", Cornerstone of Gentili's "De iure belli"?*, cit., p. 31.

(28) WIJFFELS, *The "jus post bellum", Cornerstone of Gentili's "De iure belli"?*, cit., pp. 30-32, p. 30 per la citazione.

(29) NUZZO, *Quando la guerra è finita. Quale diritto per una pace giusta?*, cit., p. 37.

(30) Ivi, rispettivamente pp. 39 e 41.

(31) Ivi, p. 42.

(32) *Ibidem*.

quadro più complessivo delle posizioni gentiliane<sup>(33)</sup>. Ciò avrebbe consentito di considerare alcune 'aporie' dell'approccio di Gentili al caso americano e gli elementi più favorevoli nei confronti dei nativi americani, forse evitando la nettezza di due affermazioni in particolare: quella che sembra attribuire a Gentili l'idea che i nativi americani possano « perdere facilmente la loro condizione di umani » e quella che vede in Gentili una difesa — in realtà decisamente assente — della schiavitù sul piano del diritto naturale (« La condizione di schiavitù gli appare infatti parte del diritto naturale [...] »)<sup>(34)</sup>.

Un discorso analogo può essere fatto in merito alle osservazioni che anche un altro saggio, quello di Marco Pertile, dedica all'opinione espressa da Gentili relativamente alla situazione americana, definita « piuttosto liberale »<sup>(35)</sup>. Il punto è parte di una discussione delle differenze tra la trattazione gentiliana e quella odierna dello *jus post bellum*<sup>(36)</sup>. In proposito, appare interessante un ulteriore accenno di Pertile a Gentili, nella fattispecie in relazione alla trattazione degli errori argomentativi che inficerebbero, secondo Pertile, l'analisi contemporanea della categoria dello *jus post bellum*. Il riferimento è contenuto nelle osservazioni che Pertile dedica a quella che egli definisce una « fallacia semantica », consistente nell'inesistenza di « un significato condiviso della categoria » dello *jus post bellum* e nella presenza di « un gruppo eterogeneo di norme dal contenuto variabile » e non logicamente successive ai corpi normativi relativi alle due categorie dello *jus ad bellum* e dello *jus in bello*<sup>(37)</sup>. Su simili questioni, non sarebbe possibile, stando a Pertile, « ripercorrere le orme di Alberico Gentili » nella misura in cui, diversamente da quanto avviene attualmente, egli poteva individuare « nei trattati di pace e nella prassi ad essi relativa le fonti prevalenti per la propria analisi dello *jus post bellum* »<sup>(38)</sup>.

L'osservazione di Pertile sull'impossibilità di « ripercorrere le orme » di Gentili per un'analisi dello *jus post bellum* secondo il diritto internazionale odierno sembra indirettamente apportare un po' di luce sulle criticità segnalate per i volumi qui discussi. Alla luce di queste criticità, è lecito domandarsi se l'assenza o carenza di riferimenti a

(33) Per la letteratura in questione, v. *supra*, pp. 964-965, nota 15.

(34) NUZZO, *Quando la guerra è finita. Quale diritto per una pace giusta?*, cit., pp. 54-57, p. 56 per le due affermazioni. Il termine « aporie » è utilizzato nel senso voluto da PANIZZA, *Il cosmopolitismo e le sue aporie in Alberico Gentili*, cit., pp. 295-307.

(35) PERTILE, *Mettere in discussione la stabilità delle situazioni territoriali illecite*, cit., p. 153.

(36) Ivi, pp. 151-155.

(37) Per le tre citazioni, ivi, rispettivamente pp. 135 (dal titolo del paragrafo), 137 e 139.

(38) Ivi, pp. 136-137.

Gentili riscontrata in alcuni saggi come pure, in altri, le difficoltà relative alla sua trattazione in riferimento a singoli temi, possano dipendere, oltre che da una mancata o ridotta conoscenza della sua opera da parte di qualche autore, anche da un problema più a monte, in parte ricollegabile alla struttura generale dei convegni gentiliani e ai relativi volumi. In che modo, ponendo a confronto due epoche diverse — nel nostro caso l'età contemporanea e il Cinquecento in cui visse Gentili —, è possibile evitare il rischio, sovrapponendole, di dare vita a una dilatazione dei rispettivi confini temporali snaturandone o confondendone i relativi orizzonti culturali? E vale davvero la pena correre un simile rischio? Prendendo spunto, per rispondere, da uno dei saggi che non trattano, se non marginalmente, l'opera di Gentili, quello di Michael Wood sul diritto diplomatico odierno, è pur vero che esso contiene dei riferimenti al *De legationibus* e al caso dell'ambasciatore Bernardino de Mendoza (diremo qualcosa su questi temi più avanti) <sup>(39)</sup>. Questi richiami sembrano offrire qualche elemento per una possibile risposta alla seconda questione: senza che ciò equivalga a stabilire alcuna coincidenza tra le posizioni gentiliane e quelle odierne, non sembra azzardato voler riconoscere all'analisi delle prime un valore quantomeno 'orientativo' ad una migliore comprensione delle seconde e delle loro origini cinquecentesche. Questi aspetti positivi sono tuttavia controbilanciati dalla difficoltà da cui è nata la prima questione, la cui risposta dipenderà dalla sensibilità storica dei singoli autori e dalla loro capacità di rintracciare o ricostruire dei legami precisi tra le diverse epoche considerate rispetto ai temi volta a volta esaminati.

### 3. *Gentili giurista: alcuni spunti biografici e letterari.*

Spostando la nostra attenzione al volume commemorativo, torna subito in mente quanto già detto sull'utilità, quantomeno indiretta, che un approfondimento delle vicende legate all'esilio e alla fortuna di Scipione Gentili possa avere per un chiarimento di quelle di Alberico. Focalizzandoci prevalentemente sui riferimenti utili ad una riflessione congiunta sui fratelli Gentili, il primo dei saggi della parte storico-giuridica, di Francesco Ferretti, getta un po' di luce sulle vicende della famiglia Gentili nella prima metà degli anni Ottanta del Cinquecento, affermando come « inequivocabile che Scipione prima nel 1581 e poi nel 1584 si sia trasferito a Londra accanto al padre e al fratello » allo scopo di cercare lui pure fortuna in terra inglese, « sfruttando le relazioni di Alberico » e presentandosi quale traduttore e divulgatore dell'opera del Tasso, in anni segnati da un crescente interesse dei

---

<sup>(39)</sup> WOOD, *Diplomatic Law Today*, cit., p. 194.

membri della corte elisabettiana verso la lingua italiana <sup>(40)</sup>. La scelta di Scipione di rivolgere la propria attenzione alla poesia anziché al diritto corrisponderebbe non solo alla volontà di perseguire « un campo d'influenza diverso da quello del fratello maggiore », ma anche alla convinzione — in piena sintonia con quanto affermato nella nostra introduzione — di una profonda « osmosi tra poesia, filosofia, diritto e cultura religiosa » <sup>(41)</sup>. In tale direzione deporrebbe in fondo pure la scelta di Scipione di indirizzare la propria opera di traduttore alla *Gerusalemme liberata*, data la sua « centralità [...] all'interno delle discussioni relative al diritto e alle scienze diplomatiche nella prima età moderna » su questioni tanto importanti anche per il fratello quanto quelle « relative all'immunità diplomatica, alla ragion di Stato, al diritto delle genti e al concetto di guerra giusta » <sup>(42)</sup>.

Se quest'ultimo elemento dà già un'idea degli elementi comuni a Scipione e Alberico Gentili, i due saggi successivi a quello di Ferretti, di Cornel Zwierlein e di Alberto Clerici, trattano ulteriormente la questione discutendola alla luce delle reciproche influenze tra i due fratelli. Tra i diversi elementi del pensiero di Scipione discussi da Zwierlein, due assumono un particolare significato per rapporto a quello di Alberico: il legame tra diritto e poesia, forte in Scipione a tal punto da fondere le due discipline in una « *juridicopoetics* » a base aristotelica, e le posizioni sui temi del *crimen lesae majestatis* e della *coniuratio*, che Scipione svilupperebbe prevalentemente in chiave filologica al fine di ricostruirne il significato <sup>(43)</sup>. Pur ispirandosi al fratello su entrambe le questioni, Alberico le tratterebbe, secondo Zwierlein, con una più chiara vena polemica quale risultato del clima di lotta religiosa che si respirava nell'Inghilterra del suo tempo. Un'operazione in certo senso opposta a quella di Zwierlein è compiuta da Clerici, il quale, nel dedicare maggiore spazio alla discussione delle relazioni tra l'opera dei due fratelli, lo fa mettendo perlopiù in risalto l'influenza di Alberico su Scipione. Un punto importante dell'analisi di Clerici è offerto dalla presenza del secondo nei Paesi Bassi negli anni Ottanta del Cinquecento, nel pieno della rivolta di quel paese contro il dominio

---

<sup>(40)</sup> Per entrambe le citazioni, FERRETTI, "*Picenus hospes*", cit., p. 19. Sulla presenza di Scipione a Londra nel corso del suo periodo leidense, v. anche la letteratura segnalata *ivi*, in nota 5.

<sup>(41)</sup> Per le due citazioni, *ivi*, rispettivamente pp. 21 e 37-38. Secondo Ferretti, inoltre, Scipione « puntava sulla poesia, anziché sul diritto, [anche] per non entrare in concorrenza con Alberico » (*ivi*, p. 27).

<sup>(42)</sup> *Ivi*, p. 26 per entrambe le citazioni.

<sup>(43)</sup> Su questi due punti, cfr. ZWIERLEIN, *Scipione and Alberico Gentili on Conspiracies around 1600*, cit., rispettivamente pp. 62 (da dove è tratta anche il termine « *juridicopoetics* ») e 70-71.

spagnolo e dell'intervento inglese in suo sostegno. Clerici presta particolare attenzione alle relazioni intrattenute da Scipione con gli ambienti culturali filo-inglesi in questo periodo (44). Sarebbe proprio la presenza di importanti nobili inglesi « sul continente, e la prospettiva di un'alleanza 'protestante' tra ribelli olandesi, principi tedeschi e ugonotti di Francia, ad aver spinto », secondo Clerici, « i fratelli Gentili a cercare nuovi percorsi esistenziali », lasciando l'uno, Alberico, Oxford per la Germania e l'altro, Scipione, Leida per ricongiungersi al fratello (45). Appare problematico ricostruire con chiarezza l'opinione di Scipione sulla liceità dell'azione inglese e della resistenza opposta nei territori olandesi alla dominazione spagnola (46). Diversamente, nelle posizioni di Alberico, le due questioni vedono invece un progressivo ripensamento tra la fine degli anni Ottanta del Cinquecento e i primi anni del Seicento, passando da un iniziale rifiuto di riconoscere come legittima la resistenza olandese alla sua accettazione, per la convinzione che essa fosse supportata dalla « storia e l'ordinamento giuridico specifico dei territori interessati » (47). Un tale mutamento d'opinione assume la sua forma definitiva « proprio nel testo che meno sembrerebbe adattarsi al riconoscimento dell'ammissibilità della disobbedienza », la terza e ultima delle *Regales disputationes* del 1605, « significativamente intitolata *De vi civium in Regem semper iniusta* » (48). È altrettanto significativo che ciò avvenga nell'ultima fase del pensiero di Alberico Gentili, in cui una « svolta tacitista e assolutistica » lo conduce all'abbandono dei precedenti modelli di pensiero che avevano caratterizzato le sue riflessioni, e che a tale svolta corrisponda un accentuarsi dei riferimenti alla *République* di Bodin — nel quale pure l'approccio alle vicende olandesi era mutato nel decennio intercorso tra le edizioni francese e latina dell'opera, pubblicate rispettivamente nel 1576 e nel 1586 (49).

In relazione ai restanti saggi di questo volume commemorativo, coincidenti con quelli della sua parte a vocazione contemporanea, è

---

(44) CLERICI, "Maxima quaestio", cit., pp. 93-105.

(45) Ivi, p. 102.

(46) Ivi, p. 106.

(47) Ivi, pp. 110-118; p. 116 per la citazione.

(48) Ivi, p. 115 per entrambe le citazioni.

(49) Ivi, pp. 110 e 116-118, per i riferimenti a Bodin. L'espressione « svolta tacitista e assolutistica » è tratta da D. PANIZZA, *Il pensiero politico di Alberico Gentili. Religione, virtù e ragion di stato*, in *Alberico Gentili. Politica e religione nell'età delle guerre di religione*. Atti del Convegno Seconda Giornata Gentiliana, San Ginesio, 17 maggio 1987, a cura di D. Panizza, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 57-213, in part. pp. 173-207. Con termini simili a quelli adoperati da Panizza, Clerici parla di questa fase del pensiero gentiliano come di un « modello assolutista nella versione neostoica e tacitista » (CLERICI, "Maxima quaestio", cit., p. 118).

utile richiamare due aspetti menzionati in precedenza: la fortuna dell'opera del Tasso per la trattatistica a tema diplomatico contemporanea ai fratelli Gentili e quanto appena detto dell'evoluzione ideologica ravvisabile nel pensiero di Alberico<sup>(50)</sup>. Su questo secondo elemento, è utile precisare che Clerici ne tratta citando, seppure in maniera imprecisa, gli studi di Diego Panizza<sup>(51)</sup>. Nell'analizzare la svolta assolutistica di Alberico Gentili, Panizza individua infatti due fasi ad essa precedenti (non una come sembra affermare Clerici), consistenti in un « momento del repubblicanesimo classico » e in un « momento machiavelliano »<sup>(52)</sup>. La prima fase troverebbe espressione nel *De legationibus* del 1585<sup>(53)</sup>. L'opera è una trattazione sui compiti degli ambasciatori e sulle relazioni diplomatiche tra stati, in cui sono confluiti spunti di un

---

<sup>(50)</sup> Sul ruolo del Tasso per le scienze diplomatiche e per Gentili, v. FERRETTI, "Picensis hospes", cit., p. 26 e la letteratura ivi richiamata nelle note 15 e 17.

<sup>(51)</sup> CLERICI, "Maxima quaestio", cit., p. 118. Clerici cita Panizza senza precisare il testo di riferimento, verosimilmente da identificare ne *Il pensiero politico di Alberico Gentili*, cit.

<sup>(52)</sup> PANIZZA, *Il pensiero politico di Alberico Gentili*, cit., rispettivamente pp. 114-146 e 146-173. CLERICI, "Maxima quaestio", cit., p. 118, sfuma peraltro la definizione data da Panizza alla prima stagione del pensiero gentiliano, « momento del repubblicanesimo classico » (*Il pensiero politico di Alberico Gentili*, cit., pp. 114-146), in « concezione 'quasi-repubblicana' ». Sul rapporto di Gentili con l'opera di Machiavelli, anche in relazione alla fortuna del secondo nel pensiero inglese di fine Cinquecento, v. D. PANIZZA, *Machiavelli e Gentili*, in « Il pensiero politico », 2 (1969), 3, pp. 476-83; M. PELTONEN, *Classical Humanism and Republicanism in English Political Thought, 1570-1640*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 73-74, 215 e 310; S. ANGLO, *Machiavelli — The First Century: Studies in Enthusiasm, Hostility, and Irrelevance*, Oxford, Oxford University Press, 2005, in part. pp. 367-368; P. CARTA, *Gentili Alberico*, in *Enciclopedia machiavelliana*, 3 voll., a cura di G. Sasso e G. Inglese, I, Roma, Treccani, 2014, pp. 599-601, qui consultato online il 29 gennaio 2021 (URL: <[https://www.treccani.it/enciclopedia/alberico-gentili\\_%28Enciclopedia-machiavelliana%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/alberico-gentili_%28Enciclopedia-machiavelliana%29/)>); A. PETRINA, *Ai margini del testo: Alberico Gentili e la circolazione dell'opera di Machiavelli in Inghilterra*, in *Alberico Gentili. "Responsibility to Protect": nuovi orientamenti su intervento umanitario e ordine internazionale*. Atti del Convegno XV Giornata Gentiliana, San Ginesio, 14-15 settembre 2012, a cura di V. Lavenia, Macerata, EUM, 2015, pp. 195-214; D. SUIN, *Repubblicanesimo e realismo politico nel "De legationibus" di Alberico Gentili*, in « Il pensiero politico », 48 (2015), 3, pp. 431-448. Tratta il problema anche COLAVECCHIA, *Alberico Gentili e l'Europa*, cit., pp. 106-133.

<sup>(53)</sup> ALBERICI GENTILIS *De legationibus libri tres*, Londini, excudebat Thomas Vautrollerius, 1585. Su quest'opera, v. SUIN, *Repubblicanesimo e realismo politico*, cit. e F. CANTÙ, *Alberico Gentili e lo "ius legationis"*, in *De l'ambassadeur. Les écrits relatifs à l'ambassadeur et à l'art de négocier du Moyen Âge au début du XIX<sup>e</sup> siècle*, études réunies par S. Andreatta, S. Péquignot et J.-C. Waquet, Rome, École française de Rome, 2015, pp. 313-335.

precedente parere espresso da Gentili in favore del riconoscimento dell'immunità diplomatica all'ambasciatore spagnolo Bernardino de Mendoza, coinvolto nei falliti preparativi di un attentato ai danni della regina Elisabetta e in seguito per questo espulso dall'Inghilterra. In maniera simile a quanto visto sul tema della *public governance* trattato da Wijffels, in questa fase a emergere in Gentili sarebbe principalmente, secondo Panizza, l'intento di riconoscere la centralità del ruolo del giurista, quale «voce del principe», nell'amministrazione dello stato<sup>(54)</sup>. Nella seconda fase, la cui opera più rappresentativa è il *De iure belli*, l'interesse di Gentili si concentrerebbe invece nel definire i limiti dell'azione regia e, nel contempo, nel ricavare dei margini di libertà per il popolo. Per la terza fase, in cui si compirebbe la svolta assolutistica, avrebbe infine peso decisivo la personale esperienza, da parte di Gentili, della politica inglese di fine Cinquecento. Ancora Panizza intende il radicale mutamento di vedute dell'ultimo Gentili rispetto alle fasi precedenti del suo pensiero come il riflesso di un personale «pessimismo antropologico» e «scetticismo storico-politico» dovuto alla sua polemica con il puritanesimo anglosassone<sup>(55)</sup>. Che si condivida o meno una simile interpretazione, occorre riconoscere a Gentili una sostanziale coerenza di fondo, pur nelle oscillazioni del suo pensiero e nel carattere contingente che la sua opera denota per lo stretto legame degli avvenimenti storici a lui contemporanei con le sue vicende biografiche. Tale coerenza è dettata da una ragione ideologica di fondo, consistente nella difesa di una visione laica — e non subalterna alla religione — della politica e del diritto. Rispetto a questa visione, l'ascesa al trono inglese di Giacomo I e l'immagine di forza espressa nell'azione del sovrano giocano un ruolo determinante nella ridefinizione degli scopi dell'opera di Gentili nei suoi ultimi anni di vita.

Facendo un passo indietro, è possibile notare che il primo dei due elementi segnalati, la fortuna dell'opera del Tasso per la trattatistica a tema diplomatico, sembri giocare un ruolo importante soprattutto nella prima delle fasi individuate da Panizza, quella repubblicana, se solo si pensi al ricorso di Gentili alla *Gerusalemme liberata* nel *De legationibus*<sup>(56)</sup>. Ed è proprio su aspetti come questo che un'analisi specificamente rivolta alla trattazione gentiliana sul tema delle relazioni diplo-

<sup>(54)</sup> Per la citazione, PANIZZA, *Il pensiero politico di Alberico Gentili*, cit., p. 118.

<sup>(55)</sup> D. PANIZZA, *Alberico Gentili: vicenda umana e intellettuale di un giurista italiano nell'Inghilterra elisabettiana*, in *Alberico Gentili giurista e intellettuale globale*. Atti del Convegno Prima Giornata Gentiliana, 25 settembre 1983 (Centro Internazionale di Studi Gentiliani), Milano, Giuffrè, 1988, pp. 31-58, p. 57.

<sup>(56)</sup> Sul ricorso di Gentili alla *Gerusalemme Liberata*, valgono i riferimenti dati *supra*, in nota 50.

matiche, purtroppo — come constatato — invece assente, avrebbe più giovato al volume, essendo questo in parte volto a mostrare il ruolo giocato da Gentili nell'evoluzione che il tema dell'*officium legationis* subisce dalla prima età moderna a quella contemporanea. Né questa lacuna può dirsi colmata dal saggio di Claudia Storti, in cui l'autrice, nel discutere della figura dell'ambasciatore in età tardomedioevale e del suo statuto moderno, ricorre sì, tra diversi altri riferimenti ad autorevoli giuristi delle due epoche, anche ad Alberico Gentili, ma non offrendone se non qualche veloce osservazione sul caso già menzionato di Bernardino de Mendoza e poco altro (57).

Prima di spostare la nostra attenzione alle altre pubblicazioni qui discusse, è opportuno tornare brevemente su quanto affermato nell'introduzione. I saggi di Wijffels, Ferretti, Zwierlein e Clerici offrono diversi elementi a supporto dell'immagine di intellettuale ad ampio raggio evocata in riferimento a Gentili, mostrando al contempo quanto essa possa aggiungere alla nostra comprensione della sua dimensione giuridica. Non si avrà difficoltà a intendere in tal senso le osservazioni di Wijffels su Gentili in relazione al tema della *public governance* e all'avocazione al giurista, per meglio operare nel quadro politico del Cinquecento, di competenze proprie dei campi della morale e della religione. Né avrà un significato minore il richiamo, negli altri saggi, al ruolo di Gentili, anche per il tramite del fratello Scipione, in questioni di carattere letterario e alla sua concezione di una scienza giuridica non separata dalla teologia e dalle altre discipline umanistiche. Tenere presenti tali elementi aiuterà, da un lato, a meglio apprezzare l'importanza, nello sviluppo del pensiero gentiliano, di tali discipline e, dall'altro, a valutare quale sia l'eredità di Gentili all'età successiva.

#### 4. *Il ruolo della teologia in Gentili: il De papatu Romano Antichristo e il suo valore non episodico.*

Sul problema del ruolo della teologia in Gentili, la cui comprensione è oggi facilitata dalla recente pubblicazione dell'edizione critica del *De papatu Romano Antichristo* per le cure di Giovanni Minnucci, una premessa appare indispensabile: interpretare le opinioni gentiliane in un modo apertamente confessionale risulta, quantomeno di primo acchito, in contrasto con un'immagine di Gentili molto comune nella letteratura scientifica, che lo vorrebbe antesignano dell'idea di laicità del diritto (58). L'immagine è basata su un'affermazione del *De iure*

---

(57) STORTI, *L'«officium legationis» in età moderna*, cit., pp. 129-152, pp. 149-150.

(58) Per l'edizione critica menzionata, ALBERICI GENTILIS *De papatu Romano Antichristo*, cit. Sul lavoro di edizione, presentato a più riprese, prima della pubblica-

*belli*, « Silete theologi in munere alieno » (*Tacetes theologi: questo non è il vostro campo*), tra le più fortunate dell'intera opera gentiliana<sup>(59)</sup>. Data l'importanza data a quest'affermazione dalla critica, ci soffermeremo su di essa per meglio comprendere il ruolo e il valore non episodico che il *De papatu Romano Antichristo*, pur essendo l'unico trattato teologico scritto — e mai pubblicato in vita — da Gentili, riveste per la ricostruzione delle sue idee complessive<sup>(60)</sup>. In direzione del carattere non episodico dell'opera vanno peraltro anche la definizione quale *work in progress* datale da Minnucci nei suoi *Prolegomena* all'edizione

---

zione, come lavoro congiunto di G. Minnucci e D. Quagliani, v. Eid., *Il "De papatu Romano Antichristo" di Alberico Gentili (1580/1585-1591): primi appunti per l'edizione critica*, in « Il pensiero politico », 47 (2014), 2, pp. 145-155; Eid., *Per l'edizione critica del "De papatu Romano Antichristo" di Alberico Gentili (1580/1585-1591)*, in *Alberico Gentili. Giustizia, Guerra, Impero*. Atti del Convegno XIV Giornata Gentiliana, San Ginesio, 24-25 settembre 2010, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 331-345; D. QUAGLIONI, *Il "De papatu Romano Antichristo" del Gentili*, in *Ius gentium ius communicationis ius belli. Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Atti del convegno di Macerata in occasione delle celebrazioni del quarto centenario della morte di Alberico Gentili (1552-1608), 6-7 dicembre 2007, a cura di L. Lacchè, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 197-207, ripubblicato, rivisto, col titolo *Alberico Gentili: il papato romano e il "potere totale"*, in D. QUAGLIONI, *Machiavelli e la lingua della giurisprudenza. Una letteratura della crisi*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 198-210.

<sup>(59)</sup> La citazione della formula nell'originale latino è tratta da ALBERICI GENTILIS I. C. Professoris Regii *De iure belli, libri III [...]*, Hanoviae, excudebat Guilielmus Antonius, 1598, lib. I, cap. 12, p. 92; quella in traduzione italiana da Id., *Il diritto di guerra*, cit., p. 83.

<sup>(60)</sup> La scelta di sottolineare il valore della formula per il pensiero gentiliano nel suo complesso è chiaramente alla base dell'uso di essa per i titoli di *"Silete theologi in munere alieno"*. *Alberico Gentili e la Seconda Scolastica*, cit. e di G. MINNUCCI, *"Silete theologi in munere alieno"*. *Alberico Gentili tra diritto, teologia e religione*, Milano, Monduzzi, 2016. Al significato dell'affermazione nel quadro del pensiero religioso di Gentili, di una sua interpretazione quale forma di luteranesimo moderato e della discussione cinquecentesca sul tema della *potentia Dei*, ho dedicato alcuni miei studi: M. TRAVERSINO DI CRISTO, *La questione della "potentia Dei assoluta" in Alberico Gentili: l'adesione "sui generis" al luteranesimo in quanto elemento storico-genealogico della riflessione sui concetti del principe e della sovranità*, in *Alberico Gentili: Diritto internazionale e Riforma*, cit., pp. 113-145; Id., *La recezione di Lutero nel tardo Cinquecento: Alberico Gentili*, in « Filosofia e Teologia », 32 (2018), 2, pp. 352-366; Id., *La questione della "potentia Dei assoluta" in Alberico Gentili alla luce della sua adesione al luteranesimo*, in « Il pensiero politico », 51 (2018), 2, pp. 173-95; Id., *Alberico Gentili's Lutheran Ideas and His Account of the Concept of Sovereignty*, in « Divus Thomas », 123 (2020), 3, pp. 184-205

critica del testo e la sua datazione agli anni tra il 1580 e il 1585, con modifiche e integrazioni da parte di Gentili fino al 1591 <sup>(61)</sup>.

Il *Silete theologi in munere alieno* gentiliano rappresenta un « cambio di paradigma » rispetto al pensiero precedente <sup>(62)</sup>. Di esso, sono significative due interpretazioni di Diego Panizza: la prima, letterale, verte sul dissenso di Gentili dai teologi della Scuola di Salamanca in relazione ad una questione giuridica — ma non priva di risvolti religiosi —, consistente nella liceità o meno di promuovere una guerra preventiva contro i Turchi; la seconda, estensiva, considera l'enunciato come sintomatico della contrarietà di Gentili alla propensione dei teologi a estendere il loro campo d'azione oltre quello strettamente disciplinare <sup>(63)</sup>. Forte di questo cambio di paradigma, l'icastica affermazione di Gentili offre in realtà una chiave di lettura più generale per intendere tanto le sue idee religiose e giuspubblicistiche quanto la loro stretta connessione. In merito alle idee religiose, la formula è ad esempio in sintonia di spirito sia con la critica della Chiesa romana del

<sup>(61)</sup> Sulla datazione dell'opera, v. il capitolo 1 dei *Prolegomena* ad ALBERICI GENTILIS *De papatu Romano Antichristo*, cit., pp. XVII-LIV, in part. XLV-LIV; MINNUCCI, "Silete theologi in munere alieno", cit., pp. 90-108; MINNUCCI, QUAGLIONI, *Il "De papatu Romano Antichristo" di Alberico Gentili (1580/1585-1591)*, cit.; EID., *Per l'edizione critica del "De papatu Romano Antichristo" di Alberico Gentili (1580/1585-1591)*, cit. Sulla definizione dell'opera come *work in progress*, v. il titolo del capitolo 1 dei *Prolegomena* ad ALBERICI GENTILIS *De papatu Romano Antichristo*, cit., p. XVII e del paragrafo 3 dello stesso, p. XXXII, come pure quello del paragrafo 2 del capitolo 2 di MINNUCCI, "Silete theologi in munere alieno", cit., p. 90.

<sup>(62)</sup> L'espressione « cambio di paradigma » è tratta da D. PANIZZA, *Gentili and the Theological Tradition of War: The Critical Points of a Change of Paradigm*, in *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Atti del Convegno Dodicesima Giornata Gentiliana, San Ginesio, 22-23 settembre 2006, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 145-73.

<sup>(63)</sup> Per la prima interpretazione, cfr. D. PANIZZA, *Alberico Gentili e la scuola di Salamanca. Un contrasto di paradigma*, in "Silete theologi in munere alieno". *Alberico Gentili e la Seconda Scolastica*, cit., pp. 163-184, p. 166; per la seconda, ID., *Political Theory and Jurisprudence in Gentili's "De iure belli"*. *The Great Debate between "Theological" and "Humanist" Perspectives from Vitoria to Grotius*, in « International Law and Justice Working Papers », 15 (2005), 5, pp. 1-55, p. 12. Ivi, in n. 8, Panizza confronta la presa di posizione gentiliana sul ruolo della teologia con quella assunta da Vitoria nel prologo del suo *De potestate civili*, per il quale v. F. DE VITORIA, *Über die staatliche Gewalt/De potestate civili*, hrsg. von R. Schnepf, Berlin, Akademie Verlag, 1992, p. 32: « Officium ac munus theologi tam late patet ut nullum argumentum, nulla disputatio, nullus locus alienus videatur a theologica professione et instituto. [...] Est sane theologia omnium studiorum disciplinarumque orbis prima, quam graeci θεολογίαν vocant ».

*De papatu Romano Antichristo* sia con quella del puritanesimo anglosassone (è significativa in proposito l'ipotesi, di Minnucci, che alla polemica anti-puritana sia da ricondurre la decisione di Gentili di non pubblicare il *De papatu Romano Antichristo* <sup>(64)</sup>). In relazione alle idee giurispubblicistiche, l'affermazione « è invece parente stretta delle riflessioni del Machiavelli e di quella ragion di stato che plasma di sé più di una generazione di pensatori cinquecenteschi, accomunati dalla volontà di fondare un'azione di governo libera e indipendente, non più in posizione ancillare alla religione » <sup>(65)</sup>.

Quest'ultima osservazione dà un'idea anche della connessione tra i due piani, in specie se si consideri che il riferimento delle considerazioni che Gentili dedica all'uso della religione in campo temporale è principalmente la Chiesa romana. In un passaggio di una delle sue opere più tarde, il *De potestate Regis absoluta*, Gentili polemizzerà con le posizioni di Baldo degli Ubaldi per una limitazione da parte di questi del concetto di *plenitudo potestatis* al solo pontefice: « Trovo che Baldo sia qui ridicolo, e altri ridicoli altrove, perché tramanda », afferma Gentili, « che solo due poteri sono comunemente detti essere supremi, il papa e l'imperatore, e per di più che la pienezza del potere risiede solo nel papa, restando piena per metà in altri » <sup>(66)</sup>. Il punto è di tale importanza per Gentili da non lasciare spazio ad alcun mutamento di opinione nel tempo, ripetendo, a distanza di circa un ventennio, un passaggio importante del *De papatu romano Antichristo* — un'*additio*, poi soppressa, alla seconda delle ventiquattro *assertiones* dell'opera <sup>(67)</sup>. Anche in quella sede, citando esplicitamente non solo il trecentesco

---

<sup>(64)</sup> ALBERICI GENTILIS *De papatu Romano Antichristo*, cit., p. CXXVII e ss., in part. CXLV-CLIV. Tali osservazioni ripropongono, riviste, quelle pubblicate in MINNUCCI, "Silete theologi in munere alieno", cit., pp. 108-113.

<sup>(65)</sup> TRAVERSINO DI CRISTO, *Alberico Gentili, giurista intellettuale della prima età moderna*, cit., p. 8. Sul ruolo dell'opera di Machiavelli in Gentili, v. la bibliografia citata *supra*, in nota 52.

<sup>(66)</sup> In ALBERICI GENTILIS J. C. *Professoris Regii Regales Disputationes tres: Id est, De potestate Regis absoluta. De unione Regnorum Britanniae. De vi civium in Regem semper iniusta*, Londini, apud Thomas Vautrollerium, 1605, p. 7: « ridiculus mihi Baldus hic est, et alii alibi ridiculi, tradendo communiter duos tantum esse supremos, papam, et imperatorem. imo plenitudinem potestatis esse in solo papa, semiplenam in aliis » (trad. mia).

<sup>(67)</sup> Oxford, Bodleian Library, Ms. D'Orville 607, fols 6v-7r (*assertio secunda*). Il passo e l'indicazione che si tratti di un'*additio* poi soppressa dal Gentili sono stati segnalati per la prima volta in QUAGLIONI, *Il "De papatu Romano Antichristo" del Gentili*, cit., p. 203. Per il passo e analoghe indicazioni sulle cancellature, cfr. ora ALBERICI GENTILIS *De papatu Romano Antichristo*, cit., p. 21, nn. c-d, ove non si fa tuttavia menzione delle precedenti indicazioni di Quagliani.

Baldo, ma anche il cinquecentesco Andrea Alciato, Gentili aveva definito « ridicole » (*ridiculum est affirmare*) le tendenze volte a privilegiare la posizione del papa rispetto a quella dei legislatori secolari <sup>(68)</sup>.

Su tali questioni, Gentili rifiuta nella maniera più decisa qualsiasi compromesso con quanti, teologi o giuristi, riconoscano al pontefice una *potestas in temporalibus*. Ciò assume ulteriore significato in relazione all'adesione di Gentili alla Riforma e alla sua immagine di Lutero, contribuendo al contempo a rafforzare l'idea secondo la quale la teologia, sebbene nel quadro di una visione laica e non confessionale del diritto e della politica, giochi un ruolo tutt'altro che secondario nella riflessione di Gentili. Altre felici formulazioni gentiliane depongono in questa direzione accanto al *Silete theologi in munere alieno*, prima fra tutte la seguente: « Coniugium quoddam Dei et hominis est religio » (*La religione è il connubio fra Dio e l'uomo*) <sup>(69)</sup>. Non sembra azzardato suggerire che l'idea qui proposta, che la religione vada intesa come « matrimonio » tra Dio e l'uomo, possa essere letta anche come « separazione » o « divorzio » tra la religione e gli ambiti normativi della politica e del diritto. Leggendo la nuova affermazione in questo modo e unendola alla precedente, ciò che ne risulta sembra in linea con una delle dottrine di Lutero più rilevanti per i suoi risvolti in chiave temporale, quella dei due regni, che verrebbe qui riformulata da Gentili nel senso di un legame tra uomo e Dio limitato alla sfera della coscienza individuale e irrilevante al di fuori di essa. Una tale lettura appare peraltro pienamente rispondente all'immagine di Gentili quale precursore dell'idea di laicità nella misura in cui, senza attribuirgli alcuna volontà di privare i teologi del loro ruolo spirituale, gli riconosce un ruolo assai significativo, in un senso più generale, nel processo di emancipazione della cultura occidentale dal pensiero religioso medioevale come pure, in relazione al diritto e alla politica, nel rifiuto che la religione possa servire da strumento di compressione o lesione dei diritti dei singoli o interferire con lo spazio d'azione del nascente diritto pubblico europeo e internazionale.

Per sottolineare il ruolo dell'adesione riformata di Gentili alla base della sua presa di distanze dai teologi e della redazione del *De papatu romano Antichristo*, si potrebbe definirla in funzione di un altro paradigma, assai vicino a quello descritto da Panizza e definibile come 'paradigma luterano' <sup>(70)</sup>. Esso consisterebbe in una convinzione, di

---

<sup>(68)</sup> Il termine citato è nel margine sinistro inferiore del fol. 6v, per il quale cfr. ora ALBERICI GENTILIS *De papatu Romano Antichristo*, cit., p. 21, n. c.

<sup>(69)</sup> La citazione della formula nell'originale latino è tratta da ALBERICI GENTILIS I. C. Professoris Regii *De iure belli*, cit., lib. I, cap. 9, p. 61; quella in traduzione italiana da ID., *Il diritto di guerra*, cit., p. 56.

<sup>(70)</sup> Mi sono espresso in termini analoghi nei miei studi citati *supra*, in nota 60.

carattere riformato, secondo la quale la Chiesa romana, intesa come *corpus* sacerdotale e insieme canonistico e teologico, avrebbe condotto alla degenerazione dello spirito dei primi secoli del cristianesimo. Su tale convinzione agisce in modo evidente non solo la polemica antipapale dei primi decenni di vita della Riforma, tesa a identificare il papa con l'Anticristo, ma anche quella due-trecentesca dalla quale questa similitudine era derivata (71). Per Gentili, siffatte polemiche assumono la loro forma più esplicita proprio nel *De papatu romano Antichristo* (72). Va ricordato che Gentili scrive quest'opera « sotto la forte spinta emotiva » dei suoi primi anni di esilio in Inghilterra, il che giustifica chiaramente il ricorso in essa ad abbondanti riferimenti a diverse figure autorevoli del pensiero riformato — accanto ad altri, di natura letteraria e giuridica (73).

L'elemento che più caratterizza il *De papatu Romano Antichristo* è in ogni caso la sintesi che esso offre delle idee religiose di Gentili. Il carattere non episodico delle riflessioni contenute in questo trattato è sottolineato dalla loro ricorrenza in un altro scritto gentiliano, assai più tardo e più spiccatamente giuridico: il *Disputationum de nuptiis libri VII* del 1601. L'oggetto di critica è qui costituito non dal papa direttamente, bensì dai canonisti. « La ragione è regola del processo costitutivo della legge e anima del diritto », afferma Gentili in un passaggio assai significativo, « e ad essa di conseguenza rivolgiamo la nostra attenzione più che a quanto la legge stessa affermi » (74). È su quest'affermazione

---

(71) Sulla diffusione del tema dell'Anticristo nel Cinquecento, v. in part. A. ROTONDÒ, *Anticristo e Chiesa romana. Diffusione e metamorfosi d'un libello antiromano del Cinquecento*, in *Forme e destinazione del messaggio religioso. Aspetti della propaganda religiosa nel Cinquecento*, a cura di A. Rotondò, Firenze, Olschki, 1991, pp. 19-164 e R. RUSCONI, *Antichrist and Antichrists*, in *The Encyclopedia of Apocalypticism*, 3 vols, II (*Apocalypticism in Western History and Culture*), ed. B. McGinn, New York, Continuum, 1998, pp. 287-325.

(72) Per la letteratura secondaria sul *De papatu Romano Antichristo*, rinvio a quella richiamata nei miei studi citati *supra*, in nota 60.

(73) La citazione è tratta da G.H.J. VAN DER MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law. His Life, Works and Times*, 2<sup>a</sup> ed. riv., Leiden, Sijthoff, 1968, p. 251. Sui riferimenti di Gentili, v. il capitolo 2 dei *Prolegomena* ad ALBERICI GENTILIS *De papatu Romano Antichristo*, cit., pp. LV e sgg., in part. LXXIV-XCVII per quelli riformati, LIX-CII per quelli letterari e CIII-CXXVI per quelli giuridici.

(74) ALBERICI GENTILIS I. C. Professoris Regii *Disputationum de nuptiis libri VII* [...], Hanoviae, apud Guilielmum Antonium, 1601, lib. I, cap. 19, p. 111: « Ratio est regula in lege constituenda, & anima legis. ad quam attendimus propterea magis, quam ad legis definitionem » (trad. mia). Sulla relazione tra Gentili e il diritto canonico, v. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili: un protestante alle prese con il Corpus iuris canonici*, in

che Gentili impianta la sua critica anti-canonistica: « Se un ordine di diritto è brutale, ciò significa che il fatto che esso sia un ordine di diritto non lo previene dall'essere brutale. O, » con una fiera rivendicazione della propria identità di giurista di diritto civile, « se è possibile ravvisarvi un alcunché di buono, esso risiede interamente nel diritto civile » (75). Che la critica che Gentili rivolge ai canonisti nel *Disputationum de nuptiis libri VII* sia in stretta relazione, per fini, con la polemica che, un ventennio prima, aveva ispirato il *De papatu Romano Antichristo* è Gentili stesso a dimostrarlo, evocando con toni entusiastici Lutero e il rogo del 10 dicembre 1520 col quale egli aveva dato alle fiamme, insieme con quello della bolla *Exurge Domine* di Leone X che lo aveva minacciato di scomunica, diversi testi della scolastica e del diritto canonico: « Fiamme, fiamme alla spazzatura scritta da questi barbari, che sono ben più che dei semplici seguaci miscredenti dell'Anticristo! Alle fiamme, tutti alle fiamme come il grande Lutero ha insegnato [...]! » (76).

Le osservazioni che precedono aggiungono ulteriori elementi a quanto già detto del rapporto, nell'opera gentiliana, del diritto con le altre discipline umanistiche e dell'utilità di un approccio globale ad essa. Tale complementarità emerge anche dal ricorso di Gentili a fonti di varia estrazione disciplinare indipendentemente dall'espressa vocazione delle sue opere, come nel caso appena visto del *De papatu Romano Antichristo* e come in quello del *Lectionis virgilianae variae liber*.

##### 5. *Gentili umanista: il Lectionis virgilianae variae liber al figlio Roberto.*

Nello spostare la nostra attenzione a quest'opera, ora disponibile in un'edizione in lingua italiana — si tratta della prima traduzione dell'opera in una lingua moderna — per le cure di Francesca Iurlaro, occorre innanzitutto notare che si tratta di un commento alle *Bucoliche* di Virgilio approntato da Gentili quale forma di supporto all'educazione del figlio Roberto, ancora bambino al tempo della redazione

---

*Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, cit., pp. 187-211.

(75) ALBERICI GENTILIS [...], *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 111: « Brutum ius, brutum. Aut si quid est in eo praeclarum, id omne ex iure civili est » (trad. mia).

(76) Ivi, p. 112: « Flammis, flammis libros spurcissimos barbarorum, non solum impiissimos Antichristi. Flammis omnes, flammis: ut Lutherus magnus [...] docuit [...] » (trad. mia). Il passaggio è già citato in G. MINNUCCI, *Alberico Gentili: un protestante alle prese con il "Corpus iuris canonici"*, cit., p. 190, n. 14.

dell'opera (77). Essa ha quindi un carattere prevalentemente formativo. Unita a tale carattere e alla destinazione dell'opera al figlio, la pluridisciplinarietà delle fonti su cui essa è costruita segnala quanto profondamente radicata fosse in Gentili la convinzione di una stretta parentela tra le diverse discipline umanistiche e quanto forte l'osmosi tra di esse all'interno delle sue riflessioni. Il fine educativo giustifica anche l'attenzione prestata da Gentili al concetto di maestro nel capitolo quarto dell'opera, come ulteriormente si evince dalle diverse accezioni del termine riportate, prima fra tutte quella di 'pastore' per la sua efficacia a rappresentare i fini di protezione, ammaestramento e accompagnamento alla crescita compendiate nella figura del maestro: « Parlerò una volta sola della figura del *magister*, di cui spesso leggerai in Virgilio e in altri autori. Questo passo dice: 'custodi delle pecore'; nella seconda *Georgica*: 'custodi del bestiame' [...]. Alla fine della terza *Georgica* ('si sono ritirati i sapienti') si trovano i medici del bestiame — come della medicina senti dire nello stesso libro dodicesimo che anch'essa è un'arte maestra. [...] Il custode del bestiame è colui al quale spetta la cura di tutti gli animali, [...] precedentemente indicato con il termine pastore e differisce anche dal fattore » (78). Tra le altre accezioni, Gentili pone particolare enfasi su quella che identifica il maestro con l'esperto di diritto e ancora di più su quella che vi vede un richiamo religioso. La prima è un richiamo alla centralità del ruolo del giurista nell'indirizzare la società: « Giuseppe Scaligero [...] identifica col nome di *magistri* in modo particolare i giureconsulti, forse poiché è proprio degli stessi lo scrivere le leggi in qualità di capi del popolo » (79). La seconda è invece una sottolineatura ulteriore dell'identità maestro-pastore, rafforzata dai simbolismi religiosi ricollegati ai due termini del binomio: « Dio più di tutti e per ogni ragione è detto *magister*, 'guida e signore di tutti, Dio', dice Cicerone. [...] E di questo nome volle essere insignito anche il figlio di Dio, così come di quello di pastore. Infatti sono intercambiabili questi titoli di *magister* e pastore » (80).

Concentrandoci sui molteplici spunti a carattere giuridico che il *Lectionis virgilianae variae liber* offre per meglio illustrare l'osmosi disciplinare che caratterizza il metodo di Gentili indipendentemente dal fine specifico delle singole opere, accanto ai molti suoi riferimenti alle proprie opere a tema specificamente giuridico come il *De iure belli*, il *De nuptiis* o il *De armis Romanis*, di particolare significato è una serie di passaggi, nel capitolo ottavo, contenenti elementi riferiti ai concetti di

(77) Per l'edizione menzionata, GENTILI, *Libro di varie letture virgiliane*, cit.

(78) Ivi, cap. 4, p. 11. Sull'importanza del ruolo assegnato al *magister* da Gentili, v. anche ivi la prefazione di F. MIGNINI, *Della civiltà o della grammatica*, pp. 5-11, p. 7-8.

(79) GENTILI, *Libro di varie letture virgiliane*, cit., p. 123.

(80) Ivi, p. 125.

commercio e di *mare liberum* alla luce dell'arrivo europeo nelle Americhe: « [...] è più propizio all'unione fra membri del genere umano, [...] soprattutto il commercio è utile a conciliare le necessità dei barbari e le relazioni fra i re; è per questo motivo gli uomini conoscono l'uso di molte e grandissime cose. [...] Pensa oggi quanto e quante cose della terra, del mare e del cielo furono scoperte attraverso il commercio da Colombo, il nostro italiano, scopritore del Nuovo Mondo »<sup>(81)</sup>. Sottesa a questi passaggi è una critica allo *status quo* determinato dall'*Inter caetera* emanata da Alessandro VI nel 1493: « Bisogna tuttavia dolersi del fatto che a questi uomini sia impedito di rendersi benemeriti presso i mortali, e potrebbero ancor di più farlo se potessero dedicarsi al commercio. Tuttavia, poiché è stata scoperta una rotta di navigazione da Colombo e un'altra dai Lusitani, è stata proibita l'apertura di entrambe ad altri tranne che a questi per cui Colombo o un lusitano hanno navigato per la prima volta. [...] E che, forse così come si acquisisce ciò che non è nei beni di nessuno, allo stesso modo si acquisisce pure ciò che è comune a tutti? [...] È un'opinione assurda, contraria a tante e ormai sedimentate regole del diritto delle genti »<sup>(82)</sup>.

Altrove, nel capitolo ventesimo e ultimo dell'opera, Gentili offre alcune considerazioni sulla natura umana e sulla differenza tra essa e quella animale: « Lo stesso Galeno [...] molte cose considera in merito alla mano, che è stata data solo all'uomo, essere vivente dotato di sapienza. [...] Questa è una regola certissima, che gli uomini non sono selvaggi »<sup>(83)</sup>. Questi passaggi sono in sintonia con altri, del *De iure belli*, sebbene non ne ripetano i diretti riferimenti, costituiti dal rigetto del concetto aristotelico della schiavitù naturale e dal riconoscimento di una natura umana 'piena' ai nativi americani<sup>(84)</sup>. Nel caso del *De iure belli*, a dispetto di un'eguaglianza di fondo riconosciuta tra i popoli nativi americani e quelli euro-asiatici, Gentili aveva appoggiato l'idea che i loro territori rispettivi fossero stati anticamente uniti e che, in seguito ad una successiva separazione, i due popoli avessero sviluppato un diverso grado di civiltà, tale da rendere i primi inferiori ai secondi. Senza insistere ulteriormente sui diversi aspetti toccati dalle posizioni di Gentili, non sembra azzardato riconoscere in esse un modello, sebbene decontestualizzato, delle affermazioni contenute nel *Lectiois virgilianae variae liber*. Lo si evince dai passi già indicati e dal seguente, nel quale ritorna il tema della diseguaglianza determinata da fattori esterni

---

<sup>(81)</sup> Ivi, cap. 8, p. 161.

<sup>(82)</sup> Ivi, pp. 161-163.

<sup>(83)</sup> Ivi, cap. 20, p. 315.

<sup>(84)</sup> Sul rigetto in Gentili del concetto di schiavitù naturale e sulla condizione dei nativi americani, v. quanto affermato *supra*, a p. 969, relativamente al saggio di Nuzzo e la letteratura richiamata in nota 15.

e non naturali: « Possiamo dire che gli uomini o per furore o per altre contingenze inselvaticiscono, e perciò sembrano fiere e in qualche modo sono restituiti feroci nella forma esteriore » (85).

Tra i tanti altri elementi che potrebbero prendersi in esame in quest'opera, di particolare significato è il valore attribuito alla storia, come si evince dall'attenzione dedicata alla grammatica e all'evoluzione del linguaggio (86). In un passaggio del capitolo secondo, da porsi in relazione alla discussione dell'immagine del maestro-pastore, Gentili si chiede: « Ma perché cercare filosofia dai pastori? [...] Certamente non bisogna giudicare a partire dalla nostra sensibilità [...], ma a partire da quella del pastore e del contadino » (87). Gentili sta qui discutendo, per il tramite di riferimenti virgiliani e non solo, come l'evoluzione storica del linguaggio e degli usi muti il significato delle parole o il nostro approccio con le realtà da esse rappresentate, come nel caso del gusto e dell'odore degli alimenti, per i quali « non ci sono lo stesso giudizio e sensibilità di una volta » (88). Rapportate al fine educativo dell'opera e alla sua destinazione al figlio Roberto, simili considerazioni portano Gentili, nel capitolo diciannovesimo, in riferimento questa volta agli usi letterari e ai costumi sociali, a un ammonimento paterno: « Mi auguro che tu non creda giusto tornare al gusto degli antichi, ma che tu segua quello dei tuoi tempi in queste cose che l'uso ha il potere di mutare, ossia nel parlare, nel modo di vestire e simili altre cose [...] » (89).

Le osservazioni svolte sulle posizioni religiose e teologiche di Gentili e sulla sua concezione formativa della storia e del linguaggio fanno un po' di chiarezza circa la sua caratura intellettuale tanto da dare ulteriore legittimità a quelle tendenze della critica contemporanea volte a dare risalto agli aspetti non direttamente giuridici del pensiero gentiliano. Tali tendenze e gli 'sconfinamenti' disciplinari di Gentili ben si giustificano in ragione della sua appartenenza ad un orizzonte di idee, quello cinquecentesco, i cui ambiti scientifici si relazionano in maniera osmotica più che alternativa e rispetto al quale, complici le vicissitudini politiche e religiose del suo tempo, Gentili può quindi vedere nel proprio ruolo di giurista una vocazione storica e culturale che, lungi dall'essere limitata al campo del diritto strettamente inteso, trova nell'umanesimo tardomedioevale stimolo e linfa ulteriore.

---

(85) GENTILI, *Libro di varie letture virgiliane*, cit., cap. 20, p. 318.

(86) In proposito, v. ivi le osservazioni di MIGNINI, *Della civiltà o della grammatica*, cit. e F. IURLARO, *Introduzione*, pp. 17-69, in part. 44-48.

(87) GENTILI, *Libro di varie letture virgiliane*, cit., cap. 2, p. 101.

(88) *Ibidem*.

(89) *Ivi*, cap. 19, p. 310.

6. *Gentili e la sua eredità all'età successiva.*

In una direzione simile muove anche la monografia di Colavecchia nel discutere le convinzioni religiose e politiche di Gentili. « Tra i motivi che sospinsero la fede di Alberico verso orizzonti ben distanti dall'ortodossia cattolica », afferma Colavecchia in relazione alle prime, « decisivi furono certamente gli *studia humanitatis*, che costituirono uno dei pilastri portanti dell'eresia gentiliana »<sup>(90)</sup>. Nell'analisi di Colavecchia, l'influenza delle dottrine umanistiche emergerebbe anche in relazione al carattere privato della religione in virtù dell'« importanza che Gentili riserva nelle sue opere al rapporto tra la libera coscienza individuale con [*sic*] Dio »<sup>(91)</sup>. Per quanto riguarda invece le convinzioni politiche, il peso dell'umanesimo è, ad esempio, facilmente riconoscibile nelle considerazioni che Gentili, sulla scia di Machiavelli, dedica al problema dell'*officium legationis*: « [...] per il diplomatico, ma per estensione lo statista, è di fondamentale importanza acquistare una profonda cognizione della storia, della politica e della filosofia »<sup>(92)</sup>.

Soffermandoci sull'analisi delle idee politiche gentiliane offerta in questo volume, Colavecchia dedica particolare attenzione all'approccio gentiliano ai problemi della sovranità e dei limiti del potere del principe, sostenendo che in Gentili « convivono, in una sorta di reciproca penetrazione, due divergenti, e al fondo ambigue, tensioni politiche e ideologiche »: la prima rispondente all'idea di un esercizio assolutistico del potere, la seconda invece d'ispirazione repubblicana<sup>(93)</sup>. Queste due 'tensioni' agirebbero congiuntamente nel pensiero gentiliano fino agli anni della maturità divenendo come una « cortina fumogena attorno al suo reale pensiero »<sup>(94)</sup>. Ponendosi dietro di essa, Gentili non assumerebbe una posizione netta in merito all'estensione e ai limiti del potere del principe e solo nelle *Regales disputationes* degli ultimi anni lascerebbe spazio a un'affermazione « finalmente esplicita a favore della concezione assolutistica del potere monarchico »<sup>(95)</sup>. Una siffatta concezione assolutistica sarebbe profonda a tal punto da assorbire al suo

---

<sup>(90)</sup> COLAVECCHIA, *Alberico Gentili e l'Europa*, cit., p. 48.

<sup>(91)</sup> *Ibidem*.

<sup>(92)</sup> *Ivi*, p. 121.

<sup>(93)</sup> *Ivi*, p. 118. Si noti come *ivi*, pp. 139-154, Colavecchia, parlando di « tensioni », non distingua delle stagioni vere e proprie all'interno del pensiero gentiliano — diversamente da Panizza e Clerici (v. *supra*, pp. 973-974) — e affermi piuttosto che « chiari segnali della concezione della sovranità assoluta del monarca compagno [...] già in una fase precedente alla nomina a *regius professor* e riappaiono ciclicamente » (*ivi*, pp. 143-144).

<sup>(94)</sup> *Ivi*, p. 139.

<sup>(95)</sup> *Ibidem*.

interno la nozione di libertà: « È in mano al principe che rinveniamo il potere assoluto. [...] È nel principe che la libertà risiede »<sup>(96)</sup>.

La parte forse più interessante del volume è relativa alla discussione della fortuna postuma di Gentili, con riferimento particolare alla situazione italiana ed europea del Sei-Settecento<sup>(97)</sup>. Il tema è affrontato alla luce della denotazione politica e ideologica dell'opera gentiliana e al carattere contingente che le deriva dall'essere strettamente connessa alle vicende storiche e biografiche ad essa contemporanee. Colavecchia sostiene che sia « decisivo » nel determinare la scarsa influenza successiva delle riflessioni gentiliane « lo stretto legame tra il professore regio e il gruppo di potere che si radunava attorno a Robert Devereux », secondo conte di Essex, a lungo favorito della regina Elisabetta e in seguito processato e giustiziato per cospirazione nei suoi confronti<sup>(98)</sup>. Colavecchia sottolinea che le riflessioni gentiliane sul diritto di guerra, comprese quelle del *De iure belli*, « riflettono i problemi posti dalle guerre di religione, intestine e internazionali, e dalla ridefinizione di un nuovo ordine europeo dopo il crollo del sistema della cristianità medievale »<sup>(99)</sup>. Ciò rispecchierebbe « problemi strettamente correlati e vivacemente dibattuti tra i più influenti collaboratori dell'Essex », fornendone anzi una « legittimazione ideologica »<sup>(100)</sup>. Lo mostrerebbe in particolare l'azione politica del conte di Essex nell'Europa continentale in funzione anti-spagnola e anticattolica, fondata sul timore, comune a Gentili, che il re di Spagna « Filippo II tramasse ininterrottamente per realizzare il suo progetto di monarchia universale, minacciando la sopravvivenza della monarchia inglese e la libertà della cristianità europea »<sup>(101)</sup>.

Soffermandosi ulteriormente sulle *Regales disputationes*, Colavecchia ricorre a un'opinione di Alain Wijffels — coerente con quella vista relativamente al concetto di *public governance* — per affermare come esse mirassero a « far breccia presso quegli esponenti di spicco dell'aristocrazia di corte che avrebbero potuto influenzare una serie di

<sup>(96)</sup> ALBERICI GENTILIS [...], *Regales Disputationes tres*, cit., p. 11: « Quod absoluta potestas est in principe [...] quod in principe est sedes libertatis. [...] Princeps est Deus in terris » (trad. mia). L'affermazione è contenuta nella prima disputazione, il *De potestate Regis absoluta*. Nell'originale latino, il passo è citato anche da Colavecchia, *Alberico Gentili e l'Europa*, cit., p. 142.

<sup>(97)</sup> COLAVECCHIA, *Alberico Gentili e l'Europa*, cit., pp. 155-215, in part.

<sup>(98)</sup> Ivi, p. 156, per entrambe le citazioni.

<sup>(99)</sup> *Ibidem*.

<sup>(100)</sup> Ivi, per entrambe le citazioni.

<sup>(101)</sup> Ivi, p. 158. Colavecchia fa qui riferimento a un'opinione di A. GAJDA, *The Earl of Essex and Late Elizabethan Political Culture*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 70.

provvedimenti a sostegno della formazione in senso ‘civilista’ di una nuova generazione di giuristi in grado di servire il crescente apparato dello Stato inglese » (102). Ancora, Colavecchia non manca di sottolineare come il « tentativo gentiliano di porre il diritto in luogo della teologia come elemento fondante e legittimatore dello Stato » (103). L’autore individua un contrasto insanabile tra l’impianto romanistico delle convinzioni giuridiche gentiliane e il rafforzamento della *common law* nell’epoca Stuart, vedendovi la ragione della diminuzione di interesse nei confronti dell’opera gentiliana nel pensiero inglese secentesco, rispetto al quale « il disegno di Gentili non aveva dunque alcuna chance di trovar terreno fertile [...] ed era destinato a venire inevitabilmente messo in disparte [...] » (104). Pur nella bontà del quadro generale richiamato, quest’ultima affermazione non appare — a parere di chi scrive — convincente. Se è infatti innegabile una « progressiva perdita di attinenza con l’attualità politica » dell’opera gentiliana — e ciò in virtù del suo carattere contingente e quindi riferito a persone e situazioni politiche diverse da quelle delle epoche successive —, non sembra invece sussistere necessariamente un « anacronismo [anche] dell’impianto teorico del pensiero gentiliano » (105). Tale insussistenza risiede nella costante già individuata in quest’ultimo, ovvero nella difesa di una visione laica della politica e del diritto. Rispetto a essa, l’ascesa al trono inglese di Giacomo I e l’immagine di forza espressa nell’azione del sovrano giocano un ruolo determinante nella ridefinizione in senso assolutistico degli scopi della riflessione politica gentiliana. Tale impressione trova una conferma nella dedica a Giacomo I che il figlio di Gentili, Roberto (lo stesso cui era destinato il *Lectionis virgilianae variae liber*), premette alla pubblicazione delle *Disputationes regales* del padre (106). Sarebbe forse bastato ricondurre la diminuzione d’interesse intorno all’opera di Gentili al carattere anacronistico conferitole dagli aspetti occasionali da cui essa trae ispirazione, senza coinvolgere il quadro teorico di base. La scelta sarebbe in questo modo peraltro stata coerente con la spiegazione offerta per la ridotta attenzione data a Gentili nel pensiero europeo in generale, rispetto al quale Colavecchia afferma come « il fortissimo coinvolgimento di Alberico Gentili con una classe politica e il suo legame con le contingenze politiche, religiose, culturali del suo tempo, [*sic*] ci illustrino in maniera convincente perché

---

(102) Ivi, p. 166.

(103) Ivi, p. 167.

(104) *Ibidem*.

(105) Ivi, per entrambe le citazioni.

(106) ALBERICI GENTILIS [...], *Regales Disputationes tres*, cit., p. 3.

col passare del tempo e il venir meno dei protagonisti coinvolti [...] il suo pensiero venisse progressivamente messo da parte »<sup>(107)</sup>.

7. *Qualche considerazione ulteriore: Gentili uomo del Cinquecento, in anticipo sui tempi.*

Queste ultime considerazioni fanno maggiore chiarezza, ad un livello più personale, intorno al convincimento di Gentili che al giurista, in ragione della sua formazione umanistica in senso lato, competa una missione storica e culturale non limitata al solo campo del diritto. È proprio il percorso esistenziale, unito alle contingenze storiche, politiche e religiose di fine Cinquecento appena ricordate, a indirizzare l'opera del Gentili in un senso non esclusivamente giuridico-pratico. Avviene così di incontrare Gentili all'opera su questioni teologiche e letterarie come nel *De papatu Romano Antichristo* e nel *Lectiois virgilianae variae liber* o su problemi filosofici e antropologici come quelli attinenti alla definizione della natura umana in generale e alla condizione specifica dei nativi americani, come pure di vederlo trarre ispirazione dalla sua esperienza biografica d'esule *religionis causa* per promuovere una visione laica del diritto e della politica, senza che questo significhi, nella sfera privata del singolo, un abbandono della fede. Su tali questioni, per la sensibilità dimostrata, Gentili appare spesso in anticipo sui tempi, come pure in anticipo sui tempi appare il suo contributo allo *ius gentium*, tanto che non sembra lontana dal vero la sua inclusione tra i padri del diritto internazionale moderno.

Tale 'intempestività' di Gentili è in realtà frutto della sua piena consapevolezza relativamente ai cambiamenti politici in atto sul finire del Cinquecento, che confluiranno di lì a poco nello stato assolutistico moderno. Il frantumarsi dell'ideale universalistico medioevale rappresentato dai poteri pontificio e imperiale è un dato ormai evidente al tempo di Gentili, conseguenza insieme della divisione religiosa e del progressivo rafforzamento delle monarchie nazionali sulla scena politica europea. Rapportati alla sua esperienza biografica, gli avvenimenti di cui è testimone sembrano confermare a Gentili le pretese assolutistiche dei regnanti inglesi e soprattutto di Giacomo I, i cui primi anni di regno coincidono con gli ultimi della vita di Gentili. Essi sono peraltro una prova ulteriore della sua centralità rispetto ai cambiamenti storico-culturali del suo tempo. Lasciato l'insegnamento nel 1605, lo stesso della pubblicazione delle *Regales disputationes*, Gentili assume un nuovo incarico e lavora come avvocato, per conto dell'Ambasciata di

---

<sup>(107)</sup> COLAVECCHIA, *Alberico Gentili e l'Europa*, cit., p. 170.

Spagna, presso l'Admiralty Court inglese<sup>(108)</sup>. Con « sincera passione », fino alla morte, avvenuta nel 1608, Gentili interviene su casi che interessano il tema della pirateria e quelli della giurisdizione sui mari e del *mare liberum* incontrati incidentalmente nel *Lectiois virgilianae variae liber* (109). Ancora una volta, e questa volta su questioni di natura giuridico-pratica e non teorica, Gentili appare in anticipo sui tempi, aprendo alla discussione che su queste tematiche avrebbe offerto il Seicento di John Selden e di Ugo Grozio (110).

---

(108) Che il 1605 sia l'anno delle fine dell'insegnamento del Gentili è affermato in A. DE BENEDICTIS, *Gentili, Alberico*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, 53, 2000, pp. 245-251, qui consultato online il 29 gennaio 2021 (URL: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/alberico-gentili\\_%28Dizionario-Biografico%29/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/alberico-gentili_%28Dizionario-Biografico%29/>)). I casi trattati da Gentili confluiranno in una raccolta affidata al fratello Scipione per disposizione testamentaria e da lui pubblicata: ALBERICI GENTILIS *Iuriscons. Hispanicae advocacionis libri duo [...]*, Hanoviae, apud haeredes Guilielmi Antonii, 1613. Su quest'opera di Gentili, v. MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, cit., pp. 159-196; G. ASTUTI, *La "Advocatio Hispánica" de Alberico Gentili*, in « Anuario de historia del derecho español », 20 (1950), pp. 50-69, ripubblicato in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea: raccolta di scritti*, a cura di G. Diurni, pref. G. Cassandro, 3 voll., II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, pp. 471-489; L. BENTON, *Legal Problems of Empire in Gentili's "Hispanica Advocatio"*, in *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire*, eds B. Kingsbury and B. Straumann, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 269-282; L. BENTON, *Piracy and Politics in Gentili's "Hispanica Advocatio": Implications for an Understanding of Universal Jurisdiction*, in *Alberico Gentili. Giustizia, Guerra, Impero*, cit., pp. 169-188; EAD., *A Search for Sovereignty*, cit., pp. 124-136.

(109) La citazione è tratta da MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, cit., p. 196.

(110) In favore di una continuità tra la riflessione gentiliana e quella groziana su tali questioni, v. PANIZZA, *The "Freedom of the Sea" and the "Modern Cosmopolis"*, cit.; BENTON, *A Search for Sovereignty*, cit.



*Abstracts*



PIETRO COSTA, *Political-juridical pluralism: a historical-conceptual map*

‘Pluralism’ usually refers to the phenomenon of coexistence and connection between multiple legal systems within one legal-political area. Historiographic and sociological research has achieved important results in this perspective, showing the great diffusion over time and space of multilevel systems. Nonetheless, the essay emphasizes the opportunity to distinguish between ‘plurality’ and ‘pluralism’, referring, with the first term, to a datum of experience (i.e., to the factual multiplicity of social groups and legal systems), and, with the second term, to a theoretical paradigm. The essay is devoted to setting out the historical genesis of this paradigm in various discursive formations: in the political-legal discourse, in colonial literature, in anthropology.

FRANCESCO D’URSO, *State, collective persons and social law: Otto von Gierke’s plural order*

Otto von Gierke (1841-1921) is commonly considered the jurist who laid the foundation for legal pluralism in Europe and America. In this contribution, I will analyse some of his works in order to identify the pluralistic elements of his legal thought. I will focus, in particular, on the studies he devoted to the history of German associations aiming to find solutions to the political and social problems of his time. In later works, he supported the idea that the state, too, had the same nature as other associations and therefore was not separated from the organic community of the people. Consequently, according to Gierke, public law did not coincide exclusively with the law of the state, but was only one of the many forms of the law produced by the whole society (*Sozialrecht*).

ANDREA SALVATORE, *To the extreme. The legal institutionalism of Maurice Hauriou*

In more than one sense, *The Theory of the Institution and the Foundation*, the renown *mémoire* published by Maurice Hauriou in 1925 (just four years before his death), marks the end of a long journey. The institutional foundation of the legal domain remains a source of inspiration, and a pressing problem, throughout Hauriou's entire life, and from the very beginning of his thinking. Facing the challenge of coping with the growing emergence of highly differentiated social groups demanding legal recognition, Hauriou develops what ultimately appears to be a State-oriented institutional theory. In doing so, Hauriou aims at preserving the relevance of the new forms of association and, at once, the primacy of the State, depicted as the more comprehensive institution. During this journey, whose different stages will be considered in the present contribution, Hauriou comes to realize that what he defines as « institution » should not be conceived as a juridical fact to be investigated, but rather as the key to understanding the law as such. Accordingly, the law is no longer assumed as a part of a wider and more complex social structure, but as this very structure, the « faithful mirror of society » as a whole.

MARIANO CROCE, *Inside Contingency. Santi Romano and Karl Llewellyn on the ways of the institution*

While the term « institution » conjures an idea of fixity, stability, crystallization, Santi Romano's and Karl Llewellyn's institutional theories draw attention to the dynamical effort that is required to attain them. These jurists explore the ways — and especially the techniques and knowledge — that a group of human beings deploys as it seeks to preserve its « groupness ». This article discusses how this approach to the institutional phenomenon is paired with a pluralistic theory of law. Both Romano and Llewellyn see the law as a heterogeneous set of techniques, coupled with the knowledge that is needed to master them, based on which groups fend off the risks of conflict and disagreement. If this is the case, the law turns out to be nothing other than the process by which a group can continue to a group. The main lesson one can learn from these institutional theories is that the study of the legal phenomenon is the study of contingency, that is, of how the enduring conditions of potential clash and rift force human beings to yield new resources to make their groups go places.

LUIGI NUZZO, *Legal pluralism and colonial order in Santi Romano*

In 1918 Santi Romano published his *Corso di diritto coloniale* and the text immediately stood out for its originality. Romano presented the matter in new terms. Colonial law was a knowledge in search of theoretical legitimacy and scientific autonomy. It was necessary to define its nature, draw the boundaries that separated it from national law and international law, give form to the system of differences on which it was based, and finally reflect on the changes that colonial expansionism had produced in the structures of the old liberal State. But why did a star of public law as Romano feel the need to deal with colonial law? What were the connections between this handbook on colonial law and his masterpiece on *The Legal Order*? Which is the place of the handbook in his intellectual path? The article aims to answer these questions, reconstructing the influences of the German doctrine on Romano, the role played by the State within a pluralistic legal order and the use of time as an instrument of coexistence between the metropolitan legal order and the colonial one.

MARTIN LOUGHLIN, *The political jurisprudence of Harold J. Laski*

Between 1915 and 1930, Harold J. Laski systematically pursued his ambition to present a compelling account of the principles and practices that could render legitimate the positive state that was then emerging. Criticising orthodox conceptions of state and sovereignty on the ground that they bore no relation to how political authority is actually established, he elevated authority into a pivotal position. Arguing that authority is acquired only when those in power acknowledge political rights, he maintained that such rights are generated from experience and directed towards the common good. Laski brought his project to a synthesis in *A Grammar of Politics* (1925), a comprehensive analysis of the conceptual foundations of the modern state and the institutional arrangements needed for their realisation. In this paper, the author examines Laski's pragmatic, pluralist, institutionalist, and functionalist methods and argues that his great achievement was to have provided the intellectual foundation on which a critical school of British public law thought could evolve.

CARLOS M. HERRERA, *Legal pluralism, social law, politics. On the project of Georges Gurvitch*

Georges Gurvitch (1894-1965) was one of the most representative thinkers of the pluralism in the twentieth century, with a theory that was based on the idea of social law. However, his conception goes beyond the legal or even sociological problem; in fact, he will project this pluralism on the political level. Without never abandoning the concept of social law, he envisioned a real program for political action, first in the planning debates within French socialism of the 1930s, then when new constitutional model appeared at the end of the Second World War. He even went so far as to imagine a revival of the socialist thought of the time, a third way between reformism and communism. Despite its practical failures, Gurvitch's project shows us the richness of the link, typical of the twentieth century, between a meta-theory (pluralism), a concept (social law) and a political project (socialist).

CARLOS PETIT, *A photograph from 1924, or the variable radius of legal comparison*

The paper analyses the trajectory of Édouard Lambert (and his disciples), between the *Congrès International de Droit Comparé* (Paris 1900) and the First International Congress of Comparative Law (The Hague 1932), with attention to the thematic and geographical expansion of this new academic discipline.

ADRIAAN BEDNER, *Legal pluralism in pursuit of social justice: Cornelis van Vollenhoven and the continued relevance of his legacy in contemporary Indonesia*

During the first decades of the 20<sup>th</sup> century several scholars engaged in studies that would lay the foundations for legal pluralism. This article considers how the work of one of these founders, Cornelis van Vollenhoven, has influenced legal development in Indonesia. It outlines Van Vollenhoven's arguments to defend the existence of non-state law and compares them with those of his contemporaries Eugen Ehrlich and Bronislaw Malinowski. All three authors developed their ideas to counter the hegemonic narrative of modern state law; Van Vollenhoven and Malinowski to denounce the subjection of 'uncivilised

peoples' to this law, Ehrlich to reject legal formalism and the central role of jurists in producing it. The next part of the article discusses how after Independence Indonesia has pursued legal unification, with limited success and various results. The unification of land law has led to widespread dispossession of small peasants; in marriage law legal pluralism functions because local officials and courts mediate between state law and local normative systems; and in Aceh the officially recognised legal pluralism is deployed by local officials and the police to accommodate local ideas about justice. This seems to indicate that state recognition of legal pluralism still promotes social justice, just as Van Vollenhoven argued a century ago.

BALDASSARE PASTORE, *Legal pluralisms and transformations of contemporary law*

The aim of the article is to map the various forms of legal pluralism concerning contemporary law and its transformations. Legal pluralism is a highly protean notion. Its field of possible signification is increasingly wide and diverse. In a first meaning, legal pluralism can be used to refer to the existence of a multiplicity of rules, legal sources, regulatory repertoires, not necessarily of state origin, applicable within the state legal order. In a second meaning, legal pluralism refers to a multiplicity of legal orders, regimes, bodies of rules, judicial and quasi-judicial institutions which coexist in the transnational space and in the same global context. Legal pluralism is a key concept to understand today's law, a framework that encompasses a variety of legal phenomena operating side by side, with diversified points of overlapping, conflict and mutual influence. It reflects the complexity of law. Ordering multiplicity and complexity, without eliminating them, is an attainable goal, which implies the commitment of the interpreters.

MARCO MERIGGI, *Empire with State/state with empire. Centralisation and pluralism in the Habsburg Empire between the 18th and 19th centuries*

Some recent works tend to question the exceptional nature of the Habsburg dominions in the modern age and to consider the variety that characterized them as an experience they shared with almost all the European states of the time. In this essay, however, an opposite point of view is held. The essay provides an overview of the Habsburg

institutional dynamics between the eighteenth and nineteenth centuries and shows the possible links — if not the continuities — existing between the ancient imperial corporate-aristocratic pluralism and the centrifugal impulses fed from the mid-nineteenth century onwards by the nationalist movements and ideologies at work in the late Habsburg monarchy.

LUCA MANNORI, *One or multiple? The images of the nation in the constitutional culture of the Italian Risorgimento*

As it is well known, throughout the ancient regime, by the term 'State' Italians meant a set of cities and lordships held together by the subjection, frequently fortuitous, to a common sovereign. Inheritor of a long medieval town tradition, the Italian political culture conceived the State, still at the end of the 18th century, as a simple aggregate of minor entities and certainly not as a subject capable of expressing a sense of collective identity. Hence, the sudden contact with the revolutionary concept of national sovereignty opened a long debate in the Peninsula. In particular, along with those who saw legal pluralism as an intolerable remnant of the old order many patriots argued, on the contrary, that it should form the basis of civil coexistence even within the new national horizon. The article proposes a general view of such a discussion since 1796 until 1860, emphasizing the variety and richness of neo-pluralism proposals and questioning the dynamics that ultimately determined the advent of a strong monistic image of the nation.

ELIANA AUGUSTI, *Ottoman Empire and Pluralism in the 19th Century. Relevance of an investigation*

In the last years, the pressure of migratory flows towards Europe highlighted the criticalities and weakness of a society already characterized by profound contradictions. We are back to talking about sovereignty, territory, borders, identity, conflicts; the need for a discussion on the control and management of diversity emerged. In this sense, it seemed plausible to explore some examples of the legal tradition and to reactivate, in particular, a reasoning on pluralism. The challenge of the multi-ethnic state, of a « modern » that « is returning to its original complexity and to the awareness of a permanent plurality », is opening up a series of questions about the « historical alternatives » to the national state. An unusual attention for the empire as a place of good

practices of construction, overlapping and mixing of flexible identities has emerged. In particular, historiography has given some attention to the Ottoman Empire and the *millet* system as an exemplary model of multicultural, multireligious and multilingual cohabitation. The essay traces the positions of the most recent historiography on Ottoman pluralism as a model of tolerance. Although the *millet* system cannot replicate itself, it certainly offers rulers and scholars an excellent measure on the progress made in the field of guaranteeing the rights of minorities.

BARTOLOMÉ CLAVERO, *League of Nations Moment: Empire's Pluralism, State's Monism and a Singular Spanish Testimony*

This essay deals with Empire, State, Constitution and, more specifically, with League of Nations, Republican Spain and legal pluralism arising out of both international and constitutional law. International law, even though it attempted to be constituted on principles of supra-state law, implied a juxtaposition of diverse legal systems rather than pluralism itself, either inside or outside the States. However, some States, such as the Republican Spain, constitutionalized the League of Nations' law, thus introducing a crucial factor of legal pluralism in its domestic legal order. Most importantly, at that time the League of Nations' politics were ruled not by deliberation and agreement among the member States, but rather by the more or less coordinated powers of few of them, the very few which happened to be big Empires. And the colonial Empires were propitious sites for the most blatant legal pluralism. Anyway, at the international level, there was not a doctrinal development of the existing plurality in the schizophrenic set resulting from the uneven concurrence of Empires that were States and States that were not Empires. In fact, the emergence of pluralist doctrines came in belatedly in order to prove that the new, post-colonial States did not have the same power over the law as the old Empires had. Finally, this essay dialogues with Rafael Altamira about all those issues because he was an archetypal international scholar, lawyer and judge around the times of the League of Nations.

GIANLUCA BASCHERINI, *A two-stage pluralism. Colonisation and the Crisis of the Liberal State in Italy*

The colonial experience has been a sort of dark side of European legal culture. This essay is aimed at investigating the links between

changes in Italian public law, on the one hand, and, on the other, colonial policies and their rhetoric of legitimisation, in the period from the end of the nineteenth century to the First World War. Colonies were actually relevant litmus tests of the institutional changes operated by Italian liberalism before the crisis triggered by the explosion of multiple actors and interests emerging in those years. Colonisation constituted a non-secondary component of the transition from the rule of law to the « administrative State », which took place between the age of Crispi and the First World War. Colonial spaces were sites of the most authoritarian traits of Italian liberalism and of the « administrative State », which constituted a significant continuity factor between the liberal and fascist season.

FLORENCE RENUCCI, *Legal pluralism at the heart of a unitary law. French colonial and post-colonial situations (19th-20th century)*

Post-revolutionary France is a monistic country where the laws, supreme sources, apply in theory to all in a unitary and egalitarian way while being imposed from top to bottom — even though that legicentrism has been altered recently by the creation of « priority questions of constitutionality ». French law would thus constitute a counter-model of pluralism since the latter is characterized by a heterogeneity of the producers of law, namely of legal norms based on the existence of more horizontal relations. This article takes the opposite view of this *doxa* in order to demonstrate that France, essentially through its colonial empire, has been a pluralist state. It has been and still is, because the colonial empire has not been the only source of pluralism in France. However, yesterday as today, this pluralism is made invisible by monism and centralization zealots.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *Foral (regional) civil laws (19th and 20th centuries): a third of Spain*

In a third of the Spanish territory the civil code is not applied in its entirety, since it coexists with codes or civil laws that currently fall under the competence of specific autonomous communities. The explanation lies in the history of the different legal cultures, notably the diverse configuration of private law in the Crown of Aragon and in that of Castile and the persistence of the Basque and Navarre regional regimes in the 19th century. Thus, in 1888, a civil code (of the French

family) was adopted that maintained territorial legal pluralism. This system continued to be developed in the 20th century and received constitutional recognition and protection in 1978. This essay deals especially with the presence of laws other than Castilian in the codifying process as well as in the teaching of civil law.

TAMAR HERZOG, *Latin American Legal Pluralism: The Old and The New*

From the 1980s and into the present, most Latin American states moved to institute either in their constitutions, or in laws, provisions that introduce different spheres of legality to a variety of groups. This article surveys these developments across the continent and compares and contrasts them to what existed in the colonial period, and what transpired in the nineteenth century in order to argue that what currently takes place is both a continuation of older debates as well as a radically new phenomenon. The article also showcases the difficulties inherent to the wish to identify a customary law and the individuals or groups to which it belongs, and the problems involved in maintaining nonetheless some measure of legal equality and social consensus. Also pursued is a comparison between the treatment of native and Afro-Latin American communities, asking why they are considered differently in most countries and what the consequences are.



*Ragguagli fiorentini*



ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO  
NELL'ANNO ACCADEMICO 2019-2020

A causa della pandemia di Covid-19 e dei conseguenti provvedimenti presi dall'Ateneo fiorentino per il suo contenimento, purtroppo il Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno non ha potuto proseguire nel periodo in questione la consueta attività di accoglienza e ospitalità nei confronti dei Colleghi italiani e stranieri che intendevano trascorrere periodi di soggiorno presso di noi per l'approfondimento e svolgimento dei loro studi. In tale prospettiva, in particolare, si è dovuto con grande rammarico provvedere alla sospensione, e conseguente rinvio a data da destinarsi, dei soggiorni anche in qualità di Visiting Professor di due amici di lunga data e collaboratori del Centro e della sua Rivista, il prof. Arno Dal Rì Júnior dell'Università Federale di Santa Catarina e il prof. Carlos Petit dell'Università di Huelva.

È stato pubblicato il volume XLIX (2020) dei « Quaderni fiorentini », numero miscelaneo con saggi di José Calvo González, Paolo Cappellini, Ivan Cardillo e Yu Ronggen, Bartolomé Clavero, Pietro Costa, Olindo De Napoli, Héctor Domínguez Benito, Riccardo Ferrante, Ricardo Marcelo Fonseca, Tamar Herzog, Marta Lorente, Cristina Nogueira da Silva, Carlos Petit, Paolo Slongo, Ricardo Sontag, Alberto Spinosa, Irene Stolzi, Raffaele Volante.

Nella 'Biblioteca' del Centro è stato pubblicato il volume 123, Philipp Lotmar, *La giustizia e altri scritti*, a cura di Iole Fargnoli e Luca Nogler. Sono state ultimate la digitalizzazione e la pubblicazione dei volumi della 'Biblioteca' sul sito web del Centro.

Il Centro ha finanziato un assegno di ricerca su *Costruzione dello Stato e trasformazioni del penale nella Firenze tra Repubblica e Principato (XV-XVI secolo)*.

Ha altresì acquisito ulteriori finanziamenti esterni che hanno dato avvio ad altrettante ricerche, ancora attive:

— dal Comune di San Gimignano, euro 5.000, a seguito dell'Accordo ex art. 15 della l. 7 agosto 1991 n. 241 per condurre una *Indagine conoscitiva relativa alla proprietà delle mura storiche cittadine di San Gimignano*;

— dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Firenze, euro 12.500, su bando competitivo 2020 per sviluppare la ricerca su *Firenze tra Repubblica e Principato. Il penale come fattore di costruzione dello Stato moderno*.

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 contribuiscano alla realizzazione della prima delle tre aree di sviluppo previste dal Progetto: 'La dimensione europea e transnazionale degli studi giuridici'.

La borsa copre il triennio dell'attività del Dottorato e allo stato sono ancora in corso i finanziamenti relativi ai seguenti cicli:

— XXXIV ciclo (la borsa assegnata ha per oggetto *La storicità della dimensione giuridica europea con particolare riferimento ai diritti sociali: sviluppo e crisi*).

— XXXV ciclo (la borsa assegnata ha per oggetto *Unità e pluralismo giuridico in Europa tra Otto e Novecento*).

— XXXVI ciclo (la borsa assegnata ha per oggetto *Figure del pluralismo nel Novecento europeo*).

È in fase di assegnazione il nuovo finanziamento relativo al XXXVII ciclo.

## TOMO I

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Pagina introduttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini</i> . . . . .	1
<b>PARADIGMI PLURALISTICI OTTO-NOVECENTESCHI</b>	
PIETRO COSTA, <i>Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale</i> . . . . .	29
FRANCESCO D'URSO, <i>Stato, persone collettive e diritto sociale: l'ordine plurale di Otto von Gierke</i> . . . . .	119
ANDREA SALVATORE, <i>All'limite estremo. L'istituzionalismo giuridico di Maurice Hauriou</i> . . . . .	151
MARIANO CROCE, <i>Dentro la contingenza. Santi Romano e Karl Llewellyn sui modi dell'istituzione</i> . . . . .	181
LUIGI NUZZO, <i>Pluralismo giuridico e ordine coloniale in Santi Romano</i> . . . . .	207
MARTIN LOUGHLIN, <i>The political jurisprudence of Harold J. Laski</i> . . . . .	251
CARLOS M. HERRERA, <i>Pluralismo giuridico, diritto sociale, politica. Sul progetto di Georges Gurvitch</i> . . . . .	283
CARLOS PETIT, <i>Una fotografia de 1924, o el radio variable de la comparación jurídica</i> . . . . .	307
ADRIAAN BEDNER, <i>Legal pluralism in pursuit of social justice: Cornelis van Vollenhoven and the continued relevance of his legacy in contemporary Indonesia</i> . . . . .	365
BALDASSARE PASTORE, <i>Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo</i> . . . . .	399

## TOMO II

## ESERCIZIO DELLA SOVRANITÀ ED ESPERIENZE DI PLURALISMO

MARCO MERIGGI, <i>Impero con stato/Stato con impero. Accentramento e pluralismo nell'Impero asburgico tra Sette e Ottocento</i> . . . . .	435
LUCA MANNORI, <i>Una o plurima? Le immagini della nazione nella cultura costituzionale dell'Italia preunitaria</i> . . . . .	461
ELIANA AUGUSTI, <i>Impero Ottomano e pluralismo nell'Ottocento. Attualità di un'indagine</i> . . . . .	501
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Momento de la Sociedad de Naciones: Pluralismo de Imperio, monismo de Estado y un singular testimonio español</i> . . . . .	535
GIANLUCA BASCHERINI, <i>Un pluralismo a due tempi. Colonizzazione e crisi dello Stato liberale in Italia</i> . . . . .	587
FLORENCE RENUCCI, <i>Legal pluralism at the heart of a unitary law. French colonial and post-colonial situations (19th-20th century)</i> . . . . .	631

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, <i>Los Derechos civiles forales (siglos XIX y XX): un tercio de España</i> . . . . .	651
TAMAR HERZOG, <i>Latin American Legal Pluralism: The Old and The New</i> . . . . .	705

## TESTIMONIANZE

PAOLO GROSSI, <i>Oltre le storie nazionali. Il 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze fra passato e presente</i> . . . . .	739
BERNARDO SORDI, <i>Ricordo di Michael Stolleis</i> . . . . .	761

## LETTURE

LUIGI BLANCO, <i>Le origini dello Stato moderno. Secoli XI-XV</i> , Roma, 2020 (Luca Mannori) . . . . .	771
EDOARDO CHITI, <i>Il Diritto di una comunità comunicativa. Un'indagine sul Diritto amministrativo della Chiesa</i> , Milano, 2019 (Paolo Ghezzi) . . . . .	776
MARY GIBSON, <i>Italian prisons in the age of Positivism, 1861-1914</i> , Bloomsbury, 2019 (Floriana Colao) . . . . .	782
GIULIANO MARCHETTO, <i>Scienza giuridica quattrocentesca. Itinerari di ricerca, prefazione di Diego Quaglioni</i> , Foligno, 2019 (Gianluca Russo) . . . . .	789
CARLOS PETIT, <i>Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación</i> , Madrid, 2019 (Jesús Vallejo) . . . . .	795
STEFANO SOLIMANO, <i>'Il buon ordine delle private famiglie'. Donazioni e successioni nell'Italia napoleonica</i> , Napoli, 2021 (Massimo Meccarelli) . . . . .	814
MARIO STELLA RICHTER jr, <i>Racconti ascarelliani</i> , Napoli, 2020 (Francesco Migliorino) . . . . .	819

## A PROPOSITO DI...

BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Género personal, sujeto constitucional, paradigma jurisdiccional</i> (A propósito de <i>Españolas gaditanas</i> de Carlos Petit) . . . . .	829
STEFANO MALPASSI, <i>Hoover, Roosevelt e il lungo inverno emergenziale 1932-33: la storia della Reconstruction Finance Corporation</i> (A proposito della « <i>Presidential Transition</i> » americana) . . . . .	857
SEBÁSTIAN MARTÍN, <i>Crítica de la democracia y responsabilidad de los juristas</i> (A propósito de José Esteve Pardo, <i>El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa</i> , Madrid, 2020) . . . . .	877
FILIPPO MURINO, « <i>Filologia mercantile</i> » e storia del diritto commerciale (A proposito di Lorenzo Tomasin, <i>Europa Romanza. Sette storie linguistiche</i> , Torino, 2021) . . . . .	917
LORENZO PACINOTTI, <i>L'altra storia del Welfare State: le peculiarità della riflessione britannica</i> (A proposito di <i>Welfare and Social Policy in Britain Since 1870. Essays in Honour of Jose Harris</i> , a cura di L. Goldman, Oxford, 2019) . . . . .	941

MASSIMILIANO TRAVERSINO DI CRISTO, « <i>Perché cercare filosofia nei pastori?</i> ». <i>Diritto e saperi umanistici agli albori dell'età moderna</i> (A proposito di alcuni recenti studi su Alberico Gentili) . . . . .	959
--	-----

## ABSTRACTS

PIETRO COSTA, <i>Political-juridical pluralism: a historical-conceptual map</i> . . . . .	993
FRANCESCO D'URSO, <i>State, collective persons and social law: Otto von Gierke's plural order</i> . . . . .	993
ANDREA SALVATORE, <i>To the extreme. The legal institutionalism of Maurice Hauriou</i> .	994
MARIANO CROCE, <i>Inside Contingency. Santi Romano and Karl Llewellyn on the ways of the institution</i> . . . . .	994
LUIGI NUZZO, <i>Legal pluralism and colonial order in Santi Romano</i> . . . . .	995
MARTIN LOUGHLIN, <i>The political jurisprudence of Harold J. Laski</i> . . . . .	995
CARLOS M. HERRERA, <i>Legal pluralism, social law, politics. On the project of Georges Gurwitsch</i> . . . . .	996
CARLOS PETIT, <i>A photograph from 1924, or the variable radius of legal comparison</i> . . . . .	996
ADRIAAN BEDNER, <i>Legal pluralism in pursuit of social justice: Cornelis van Vollenhoven and the continued relevance of his legacy in contemporary Indonesia</i> . . . . .	996
BALDASSARE PASTORE, <i>Legal pluralisms and transformations of contemporary law</i> .	997
MARCO MERIGGI, <i>Empire with state/State with empire. Centralisation and pluralism in the Habsburg Empire between the 18th and 19th centuries</i> . . . . .	997
LUCA MANNORI, <i>One or multiple? The images of the nation in the constitutional culture of the Italian Risorgimento</i> . . . . .	998
ELIANA AUGUSTI, <i>Ottoman Empire and Pluralism in the 19th Century. Relevance of an investigation</i> . . . . .	998
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>League of Nations Moment: Empire's Pluralism, State's Monism and a Singular Spanish Testimony</i> . . . . .	999
GIANLUCA BASCHERINI, <i>A two-stage pluralism. Colonisation and the Crisis of the Liberal State in Italy</i> . . . . .	999
FLORENCE RENUCCI, <i>Legal pluralism at the heart of a unitary law. French colonial and post-colonial situations (19th-20th century)</i> . . . . .	1000
JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, <i>Foral (regional) civil laws (19th and 20th centuries): a third of Spain</i> . . . . .	1000
TAMAR HERZOG, <i>Latin American Legal Pluralism: The Old and The New</i> . . . . .	1001

## RAGGUAGLI FIORENTINI

<i>Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2019-2020</i> . . . . .	1005
---	------



## *I collaboratori del « Quaderno » 50*

ELIANA AUGUSTI

*Prof.ssa Associata di Storia del diritto medievale e moderno* — Università del Salento

GIANLUCA BASCHERINI

*Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico* — Università degli Studi di Roma  
« la Sapienza »

ADRIAAN BEDNER

*Professor of Law and Society in Indonesia; Head of Department of the Van Vollenhoven  
Institute for Law, Governance and Society* — Universiteit Leiden

GIOVANNI CAZZETTA

*Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno* — Università di Firenze

BARTOLOMÉ CLAVERO

*Prof. Emérito de Historia del derecho y de las instituciones* — Universidad de Sevilla

FLORIANA COLAO

*Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno* — Università di Siena

PIETRO COSTA

*Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno* — Università di Firenze

MARIANO CROCE

*Prof. Associato di Filosofia politica* — Università « La Sapienza » di Roma

FRANCESCO D'URSO

*Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno* — Università di Ferrara

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA

*Catedrático de Derecho civil, jubilado* — Profesor Honorario de la Universidad de  
Zaragoza

PAOLO GHERRI

*Docente ordinario di Teologia del Diritto canonico* — Institutum Utriusque Iuris della  
Pontificia Università Lateranense

PAOLO GROSSI

*Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno* — Università di Firenze;  
*Presidente emerito della Corte costituzionale*

CARLOS MIGUEL HERRERA

*Professeur des universités, Directeur du Centre de philosophie juridique et politique* —  
Université de Cergy-Pontoise

TAMAR HERZOG

*Monroe Gutman Professor of Latin American Affairs* — Harvard University

MARTIN LOUGHLIN

*Professor of Public Law* — London School of Economics & Political Science

STEFANO MALPASSI

*Assegnista di ricerca in Storia del diritto* — Università di Firenze

LUCA MANNORI

*Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche* — Università di Firenze

SEBASTIÁN MARTÍN

*Profesor Contratado Doctor de Historia del derecho y de las instituciones* — Universidad de Sevilla

MASSIMO MECCARELLI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno* — Università di Macerata

MARCO MERIGGI

*Professore ordinario di Storia delle istituzioni politiche* — Università degli studi di Napoli Federico II

FRANCESCO MIGLIORINO

*Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno* — Università di Catania

FILIPPO MURINO

*Prof. Associato di Diritto commerciale* — Università di Salerno

LUIGI NUZZO

*Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno* — Università del Salento

LORENZO PACINOTTI

*Dottorando di Teoria e Storia dei Diritti Umani* — Università di Firenze

BALDASSARE PASTORE

*Prof. Ordinario di Filosofia del diritto* — Università di Ferrara

CARLOS PETIT

*Catedrático de Historia del derecho* — Universidad de Huelva

FLORENCE RENUCCI

*Directrice de recherche au CNRS* — Institut des Mondes Africains (UMR 8171-MMSH Aix-Marseille)

GIANLUCA RUSSO

*Assegnista di ricerca in Storia del diritto* — Università di Firenze

ANDREA SALVATORE

*Prof. Associato di Filosofia politica* — Università « La Sapienza » di Roma

BERNARDO SORDI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno* — Università di Firenze

MASSIMILIANO TRAVERSINO DI CRISTO

*Chercheur invité* — Centre d'études supérieures de civilisation médiévale, Université de Poitiers

JESÚS VALLEJO

*Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones* — Universidad de Sevilla



# 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
- Vol. 50 (2021), due tomi in 8°, p. 1014

## BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972  
Atti, a cura di Paolo Grossi  
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS  
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna  
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO  
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico  
Vol. I: Da Hobbes a Bentham  
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465

- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**  
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**  
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette  
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**  
I. Il progetto costituzionale  
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**  
II. Dal sistema alla teoria generale  
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, **GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE**  
La formazione della nozione di interesse legittimo  
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, **LO STATO IMMAGINARIO**  
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento  
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 **STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO**  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985  
A cura di Paolo Grossi  
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, **STILE FIORENTINO**  
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950  
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**  
II. La scoperta del diritto amministrativo  
(1987), 8°, p. VIII-254

- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA  
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra  
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO  
LAICO  
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat  
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »  
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896  
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987  
A cura di Paolo Grossi  
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES  
A cura di André-Jean Arnaud  
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW  
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli  
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani  
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO  
TEDESCA  
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro  
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro  
A cura di Paolo Barile  
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI  
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi  
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES  
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989  
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente  
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530  
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA  
I ricordi degli onorari  
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA  
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina  
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI  
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)  
(1991), 8°, p. X-536

- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA  
Antropología católica de la economía moderna  
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)  
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE  
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali  
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO  
Strumenti, destinatari, prospettive  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992  
A cura di Paolo Grossi  
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio  
A cura di Carlo Mansuino  
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I  
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE  
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)  
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II  
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE  
Una biografía intelectual  
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO  
DIRITTO PUBBLICO ITALIANO  
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli  
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE  
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky  
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI  
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996  
A cura di Paolo Grossi  
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE  
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO  
(1998), 8°, p. X-474

- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*  
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna  
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, *POTENZA E RAGIONE*  
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)  
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, *LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO*  
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden  
(1584-1654)  
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, *LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO*  
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf  
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, *LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO*  
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento  
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, *IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO*  
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani  
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 *CODICI*  
Una riflessione di fine millennio  
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000  
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi  
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, *IURISDICTIONE*  
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)  
Ristampa  
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, *TRA LEGGE E CONTRATTO*  
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine  
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, *LETTERE A MARIO FALCO*  
Tomo I (1910-1927)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, *NEL SEGNO DEI TEMPI*  
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale  
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*  
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale  
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, *PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)*  
(2006), 8°, p. XII-374

- 68 Franco Cipriani, *SCRITTI IN ONORE DEI PATRES*  
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, *INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO*  
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, *SOCIETÀ, DIRITTO, STATO*  
Un recupero per il diritto  
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, *L'ORDINE CORPORATIVO*  
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista  
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, *RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE*  
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento  
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)*  
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, *SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI*  
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento  
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, *IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"*  
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile  
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, *CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA*  
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520  
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, *ANTES LEYES QUE REYES*  
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)  
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, *DIRITTO D'OLTREMARE*  
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia  
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, *STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA*  
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800  
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, *NOBILTÀ DEL DIRITTO*  
Profili di giuristi  
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, *LA RAGIONE DEL DIRITTO*  
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento  
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, *GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007*  
How to make, unmake, and remake law with words  
(2008), 8°, p. VIII-268

- 83 Paolo Grossi, **TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE**  
Quaderni fiorentini 1972-2001  
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**  
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)  
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**  
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008  
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta  
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**  
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**  
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57  
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**  
Scritti editi e inediti (1972-2007)  
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722  
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**  
Tomo II (1928-1943)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**  
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**  
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)  
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**  
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo  
A cura di Gabriele Magrin  
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela  
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010  
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi  
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**  
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)  
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**  
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto  
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**  
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo  
Novecento  
(2012), 8°, p. X-342

- 97 Rodrigo Míguez Núñez, TERRA DI SCONTRI  
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali  
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"  
Scritti minori  
A cura di Paolo Grossi  
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA  
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento  
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI  
A cura di Carlo Fantappiè  
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE  
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento  
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO  
FRANCESE (1790-1795)  
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?  
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013  
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta  
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO  
Esperienze a confronto  
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*  
Firenze, 18-19 ottobre 2012  
A cura di Bernardo Sordi  
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA  
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914  
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO  
Profili di giuristi - II  
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI  
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)  
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO  
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto  
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti  
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»  
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)  
(2015), 8°, p. VIII-312

- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE  
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo  
(2016), 8°, p. VIII-284
- 111 Ferdinando 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 VOLTARE  
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
- 123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI  
a cura di Iole Fagnoli e Luca Nogler  
(2020), 8°, p. XXII-358
- 124 Paolo Grossi, IL DIRITTO CIVILE IN ITALIA FRA MODERNO E POSMODERNO  
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico  
(2021), 8°, p. XII-170

- 125 Francesco Migliorino, LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI  
LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI  
(2021), 8°, p. X-194
- 126 Floriana Colao, UN DIRITTO PER L'AGRICOLTURA  
Itinerari giuridici-economici nella Toscana dell'Ottocento  
(2021), 8°, p. XXXII-126
- 127 Franco Gaetano Scoca, RISORGIMENTO E COSTITUZIONE  
(2021), 8°, p. XII-630
- 128 Gustav Radbruch, FILOSOFIA DEL DIRITTO  
(2021), 8°, p. LXXII-234



€ 98,00  
I DUE TOMI

---

024213075

ISBN 978-88-28-83221-8



9 788828 832218

Des. A. Pontecorboli